QUARTA DIFESA

DELLA

SOSTITUZION PUPILLARE

A PRO

DEL MARCHESE

D. NICCOLA FOLGORI

DA SERVIRE

NELLA SUPREMA CORTE

DI GIUSTIZIA





INDICE DE' CAPI

Con un cenno delle cose principali, che vi si contengono.

Divisum sic breve fiet opus.
MARTIAL. VI *Epigr.* 83.



TESTO DELLA CAUSA.

E quando avvenisse il caso, che non esistessero nè figli, nè figlie da me procreati DAL PRESENTE MATRIMONIO, o che morissero *IN PUPILLARI AETATE AB INTESTATO*, istituisco detta Marchesa D. Marianna Pignatelli, mia dilettissima moglie, guardando però il letto vedovile, erede *usofruttuaria* di tutti i miei beni, che per qualsivoglia titolo o ragione, a me si appartengano o possano appartenere. *Dopo la morte* della quale, *e nel caso*, che la medesima passasse a seconde nozze, voglio, che in detta mia eredità e beni, *succeda e debba succedere* il mio fratello, Capitano D. Niccola Folgori ec.

Tu . . . . . contra audentior ito,

VIRG. Aeneid. VI, 95.

CAPO I.

Sposizione della causa, delle sue vicende, del suo stato attuale, e del metodo, con cui vien trattata in questa quarta difesa.

Se la verità, che combatte co'pregiudizj, non puote altrimenti guadagnare terreno, che a poco a poco, non hanno di che scoraggiarne le due perdite, che contiamo. Nel secondo conflitto le nostre ragioni non hanno invero neppur trionfato; ma ne sono almanco uscite coll' onore di gravi e studiati suffragj, che applaudendo alla causa vinta, han diminnita non poco la opinione della causa vincitrice. Apparecchiasi la terza lutta; e se procediamo di simil passo, la vittoria facilmente cambierà sito: e lice sperarlo, in primo luogo dal grado sommo de' giudici, a cui dinanzi passiamo, poichè la legge suppone più lumi, a misura che in ogni ordine più si sale; in secondo luogo dalla materia, che giugne a loro depurata meglio per le tante contraddizioni, tra le quali è

trascorsa; a guisa dell'oro, che misto naturalmente a sostanze men buone, diventa puro e facilissimo a conoscersi, ma non prima che abbia sofferti tutti i tormenti dell' arte e del fuoco. Ma poichè la brevità è un altro vantaggio, che ogni quistione dal lungo contendere acquista; non facciamo, che la nostra il perda con nostra colpa, per lungo proemiare.

Correva l'anno 1801, quando il Marchese di Ducenta, D. Ferdinando Folgori, aveva perduti otto figliuoli, tutti in tenera età, natigli da due mogli, sorelle germane tra loro, della casa de' Principi di Monteroduni Pignatelli; e sperava il nono dal ventre allora pregnante della seconda moglie. In queste circostanze volle far testamento, e fecelo *in scriptis*. Immaginò egli tutte le uscite, che aver potesse la gravidanza della consorte, di un maschio solo, di una femmina sola, di due maschi, di due femmine, di un maschio e di una femmina insieme. Scrisse erede universale il maschio unico, o il primo a nascere, o la femmina unica; provvide di vitalizio il secondo maschio, e di dote la femmina, che nascesse col maschio; divise la eredità fra le due femmine.

Passò indi a prevedere la nascita di altri figliuoli nel tempo seguente; e vi provvide colla medesima mi-

mira, che il maschio primogenito dovesse sempre essere l' erede universale.

Indi facendogli la morte immatura de' figliuoli dianzi natigli, temer la simile de' nascituri; scrisse egli così (e questo luogo è il suggetto della controversia): » E quando avvenisse il caso, che non esistes-
» sero nè figli, nè figlie da me procreati DAL PRESEN-
» TE MATRIMONIO, o che morissero *IN PUPILLARI AE-*
» *TATE AB INTESTATO*, istituisco detta Marchesa D. Ma-
» rianna Pignatelli, mia dilettissima moglie, guar-
» dando però il letto vedovile, erede *usufruttuaria*
» di tutti i miei beni, che per qualsivoglia titolo o
» ragione, a me si appartengono o possono apparte-
» nere. *Dopo la morte* della quale, *e nel caso*, che
» la medesima passasse a seconde nozze, voglio che
» in detta mia eredità e beni *succeda e debba suc-*
» *cedere* il mio fratello, Capitano D. Niccola Fol-
» gori ec. » Siegue un majorasco, di cui fu gravato D. Niccola.

Il frutto del ventre pregnante al tempo del testamento non ebbe miglior sorte, che i precedenti delle doppie nozze; e similmente un altro parto. Ne venne altro in fine, che fu l' ultimo; e così nacque D. Salvadore Folgori, la cui recente ed acerba morte dà causa alla gran lite. Contava egli

tre anni e pochi mesi, l'anno 1810, quando il padre morì.

Alquanto prima della nascita dell'ultimo figliuolo, cioè l'anno 1807, il Marchese riprese dal notajo il suo testamento; e gliene fe ricevuta, dicendo di non volere, *che si conservasse da quello*. Volle egli esserne più geloso custode; ed infatti alla sua morte, nell'apporsi i sigilli per cautela del pupillo alla casa del defunto, fu il testamento trovato chiuso in uno scriguo, non solo intatto, ma munito di un secondo involto, con questa epigrafe: *Testamento del Marchese di Ducenta, D. Ferdinando Folgori.*

Il Presidente del Tribunal Civile d'allora, essendogli stato tale involto recato dal Giudice di Pace, interrogato il notajo del come si fosse trovato il testamento in man del defunto, e vistane la ricevuta da questo a quello fatta, e fattolo riconoscere al notajo stesso ed a' testimonj, il riconsegnò al primo, perchè gli desse corso, siccome fu eseguito.

La vedova Marchesa convocò a consiglio di famiglia i congiunti del suo lato. De' due zii paterni del pupillo il primo, D. Niccola, oggi Marchese di Ducenta, stava in Palermo al servigio di S. M. Il consiglio di famiglia, per semplice formalità, fu d'avviso, che la eredità paterna si dovesse dal pupillo ac-

accettare (e come deliberare altrimenti, se del ricco patrimonio paterno parte era stata acquistata dal padre, e parte collo scioglimento de' fedecommessi, si era fatta libera nella persona di lui?). Fu in oltre di avviso, che delle sostituzioni, senza distinguere tra loro, non si avesse a tener conto; ed era del loro interesse questo consiglio, essendo elle ordinate appunto a tenere quei consiglieri lontani da' beni, che non erano della loro famiglia. La vedova, non chiamato alcun vero interessato, ottenne di leggieri, come accader suole, quando manchi chi contraddica, l' approvazione di tutto il deliberato.

Così la previdenza del padre fosse riuscita vana, come vani furono i consigli presi per attraversare i provvedimenti, co' quali egli l' accompagnò! Il caso temuto della morte del figliuolo, in età da non potere egli provvedere alla sua successione, cioè in età pupillare, si è verificato il passato anno, nel mese di novembre. E poco prima, cioè nel mese di maggio, si era verificata l'altra morte immaginata benanche dal testatore, cioè quella della madre del pupillo. Ecco quindi la lite, che (già volge l'anno) agita i congiunti, che occupa i tribunali, e che dà pabolo alla curiosità del pubblico, mosso da mille circostan-

ze, di cui non è l'ultima quella dello strano passaggio di molte ricchezze dalla famiglia tuttavia sussistente, che le ha accumulate, ad altra, che non altro titolo vi ha dal desiderio di acquistarle infuori.

La legge odierna chiama in vero indistintamente i congiunti paterni e materni a succedere a chi, morendo intestato, non lasci figliuoli o genitori. Ma questa stessa legge non distrugge i diritti fondati sopra valevoli atti, a cui basti il favore della legge antica, sotto cui nacquero. E sotto questo aspetto come possono i Pignatelli entrare a parte co' Folgori ne' beni di costoro, quando la loro alleanza fu formata con legge, che ciascuna delle due famiglie dovesse restar contenta de' beni suoi? legge stabilita due volte nelle due volte, che si è formato il parentado tra loro. Ciascuno intende, che parliamo del patto detto di Capuana e Nido.

La legge odierna non distingue collaterali paterni da materni, ma nella successione intestata, la quale è vinta dalle disposizioni de' testatori. Or noi abbiamo nella spezie il testamento del Marchese D. Ferdinando, il quale nulla ha perduto del suo vigore nella parte, in cui provvede alla succession del figliuolo, passando illeso a traverso de' cambiamenti del-

della nostra legislazione, e trovando il suo porto nello stato ultimo di essa, sotto il quale il giovinetto è mancato.

Questo è il primo ed il proprio sostegno delle azioni del Marchese D. Niccola Folgori, che difendiamo; l'altro, cioè il patto di famiglia, è per lui semplicemente ausiliario, perchè gli dà un diritto comune agli altri del suo lato. A buon conto i zii materni del picciolo defunto insistono per la intestata successione, colla quale fan guerra a tutto il lato paterno. I zii paterni si fanno scudo del patto di Capuana e Nido. Il primo però di loro aggiugne, che questa ragione è subordinata alla propria, ch'egli ha, della sostituzion pupillare, la quale va innanzi ad ogni altra.

Nel Tribunale Civile è prevaluta la causa della successione intestata; similmente nella Gran Corte Civile, ma con discrepanza di voti. Il giudizio è passato nella Corte Suprema. La parte, che riguarda la sostituzion pupillare, sarà l'unico argomento di questa memoria. L'altra, che riguarda il patto di Capuana e Nido, in quanto all'interesse dello stesso cliente, è destinata a colmare di nuovi applausi la penna felice, che già la trattò nella G. C. Civile, con ragione inversa di valore e di successo tra loro.

Nel ritrattarsi da noi la prima parte non ci dipartiremo dalle medesime quistioni proposte dalla Gran Corte, se non che ne varieremo alcun poco l'ordine, per dare un più stretto nesso alle nostre idee. La Gran Corte Civile ha esaminato in I luogo, se vi sia nel testamento di D. Ferdinando Folgori la pupillare, di cui si disputa; in II luogo, se sia ella per D. Niccola Folgori; in III luogo, se le osti il Codice Civile; e fin qui il nostro ordine sarà lo stesso. In IV luogo tratteremo della obbliquazione della pupillare, come d'uno de' modi da rispondere alle difficoltà, che si traggono dal Codice Civile; punto, di cui la decisione ha formato la settima quistione. In V luogo discuteremo l'art. 945 delle Leggi Civili, come quello, che, o favorevole o contrario, che il Codice Civile fosse, porge il più fermo e 'l necessario appoggio alla nostra pupillare; del qual punto la decisione ha fatta la sesta quistione. Daremo il VI luogo alla quistione della età, fino a cui la pupillare duri, non convenendo parlare dell' accidente, prima che il discorso della sostanza non sia terminato. Di questo accidente la decisione ne fa la quarta quistione. Occuperà il VII ed ultimo luogo una difficoltà tutta estranea, che si ricava dalla compagnia delle sostituzioni fedecommes-

sa-

sarie, unite alla nostra pupillare; di cui la decisione ha fatto la quinta quistione. Alla enunciazione di ciascuna quistione faremo, sempre che giovi, immediatamente seguire le nozioni più necessarie a risolverla. Indi recheremo il testo delle *Considerazioni*, che la riguardano. Alle medesime succederanno delle *Osservazioni* dirette a provocare la censura della Corte Suprema sopra il deciso. Chiuderemo tutto il lavoro con un prospetto generale di tutta la causa. Faccia il cielo, che la giustizia delle nostre ragioni sia conosciuta una volta! Se l'error non c'inganna, la conoscerà per fermo il consesso eminente, di cui tutti attendono con ansia la decisione.

CAPO II.

Disamina della prima quistione : Se nel testamento del Marchese di Ducenta, D. Ferdinando Folgori, scritto il 1801, vi sia una sostituzion pupillare.

NOZIONI, CHE DEBBON SERVIRE A RISOLVERLA.

Con questa prima quistione tende la decisione a far vedere, che nel testamento del Marchese D. Ferdinando non vi abbia sostituzion pupillare; al che non si può riuscire senza confondere colla fedecommessaria la pupillare. Conviene a noi dunque stabilire con esattezza la loro distinzione; il che faremo storicamente e criticamente. Permettacisi dunque di ripetere da' loro principj queste cose.

I Romani, che per tre secoli eran vivuti con diritto nella massima parte *incerto* (1), riceverono una legislazione per quel tempo perfetta nelle XII tavole. Nella tavola quarta fu conceduta ad ogni padre di famiglia la facoltà di far testamento, ossia di sce-

(1) *L.* 2, §. 2, *D. De orig. jur.*

scegliersi in privato un successore universale; cosa, che prima si faceva con pubblica autorità nelle assemblee del popolo; parendo, che non vi volesse meno di una legge a trasferire a volontà, contra la legge intestata, da uno ad altro la somma de' diritti, delle obbligazioni e delle cose sagre di un cittadino (1). Di quì fu, che la nuova legge usò parole, che indicavano un legislatore nel testatore, un legislator della sua roba. *Uti paterfamilias legassit, super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto* (2). Di quì fu, che nella novella maniera di testare s'introdussero solennità tali, che rappresentavano la pubblica maniera antica, nella quale tutto il popolo concorreva (3). Di quì fu, che le formole proprie dei testamenti erano imperative, quali nelle leggi si usavano. *Titius heres esto* (4).

A 6 La

(1) §. 1, *Inst. De testam. ordinandis.* THEOPHILUS, *Paraphr. Eodem.* VINN. *ad dict.* §, *et* HEINNECIUS *ad* VINN. *ibi sub num.* 1, 2 *et* 3.

(2) HEINEC. *loc. sup. cit. sub num.* 1.

(3) HEINEC. ad VINN. §. 6, *Inst. De test. ordin, sub num.* 1.

(4) ULP. *Fragm. Tit.* XXIV, §. 1.

La legge, che attribuiva al cittadino il potere di dar la legge alla sua roba, e di sceglier si con pieno arbitrio uno o più successori, portava evidentemente seco, che temendo alcuno di non aver l' erede nella prediletta persona, perchè questa o non potesse o non volesse esserlo, fosse abilitato a nominarne altro, che prendesse il posto del primo. *Titius heres esto; si Titius heres non erit, heres esto Cajus* (1). Ecco la *sostituzione vulgare*, ossia la *surrogazione di un secondo erede*, riuscendo vana la destinazione del primo; la qual sostituzione è riferita da' dotti alla stessa legge delle XII tavole, ed è riguardata come coeva a loro. Ella procede dal proponimento di avere un erede scelto, ossia testamentario. E poichè i Romani riponevano l'ultimo onore del defunto nell' avere un erede, e questo si assicurava mercè del testamento, istituendovisi alla fine un servo proprio, che non poteva ricusare la eredità, fu la vulgare frequentatissima appo i Romani (2).

La

(1) *L.* 1, *D. De vulg. et pup. subst.*

(2) *Princ. Inst. De vulg. subst.* *Heinecc. ad Vinn. in princ. Instit. De pupill. subst. sub num.* 13.

La legge, come si è veduto, parlava de' padri di famiglia, ma di quelli però, che avessero un discernimento bastevole per disporre delle loro sostanze; il che supponeva una data età, e la sanità della mente. La sperienza fe avvertire, non solo per la mancanza dell' onor d'un erede, ma per altro più importante riguardo, di quanto danno fosse a' *pupilli*, ossia a' cittadini *sui juris*, non giunti ancora alla giusta età, il non poter provvedersi di un erede. Fanciulli e bambini, che la legge poneva per le tutele nelle mani di quegli stessi congiunti, che chiamava a succeder loro; e che la natura e i vincoli del sangue, anche senza la tutela, tenevan vicini ai loro eredi intestati, ossia a'più stretti congiunti, erano senza schermo esposti alla cupidigia ed alle insidie di costoro, certi di raccoglierne il retaggio, recidendo una debole e indifesa vita, purchè il facessero con quella circospezione, a cui la parentela dava tanto agio. La legge non provvedeva a questi pericoli. I giureconsulti, a'cui studj si dee tanta parte, quanta san tutti, del diritto romano, vi provvidero colle loro escogitazioni. Avevano essi bisogno di un pretesto, di un colore, di un appiglio al diritto già prima stabilito, perchè in fine non erano legislatori; e crederono di trovarlo

nella patria potestà (1). O perchè sembrò loro, che il padre, disponendo de'beni del figliuolo a se sottoposto, disponesse de'beni suoi; o perchè, riguardando nel padre e nel figliuolo in potestà una sola persona legale, parve ad essi testamento del figliuolo il formato dal padre per lui; presero dalla patria potestà argomento di dire, che il padre testar potesse pel figliuolo impubere, e dargli un erede scelto, ove questi venisse a morire in età da non potere scerselo egli. E poichè gl' inventori di tal trovato non potevano senza contraddirsi uscire dal principio assunto della patria potestà, doverono circondare la invenzion loro di varie restrizioni, onde non eccedesse i confini del suo principio. Ecco nata così un' altra sostituzione, cioè la pupillare. Le leggi ce la descrivono appunto in questo modo. *Moribus introductum est, ut cum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant* (2). La

(1) *Colorem quaesiverunt ex patria potestate.* RICHERIUS *in Jurisprudentia universali. Tom. VI,* De subst. pupill. *num.* 459 *et* 465.

(2) *Princ. Inst. De pupill. subst. Adde L.* 2, *D. De vulg. et pupill.*

La formola, che ne danno anche le leggi, conferma la stessa verità. *Filius heres esto; si heres erit, et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, heres esto Cajus* (1). A buon conto la sostituzion pupillare è il *pupillar testamento*; e così di passo in passo la chiamano i giureconsulti delle Pandette (2). Ella non è istituzion di secondo erede in faccia al pupillo, ma di primo erede; e si chiama sostituzione in rapporto all' erede del padre, quello erede, che il padre doveva scrivere a se (3); perchè non vi poteva essere sostituzion pupillare, senza testamento del padre per se, che le leggi chiaman perciò *testamentum principale*. Si poteva la pupillare combinata colla vulgare; perchè siccome era della facoltà del padre il nominare a se un secondo erede, temendo, che il primo non volesse o non potesse accettare la eredità, così poteva destinare un se-

(1) *Cit. princ. Inst. De pupillari.*

(2) *L.* 2, *princ. et* §. 4; *L.* 38, *L.* 43, *D. De vulg. et pupill.*

(3) *Donell. Comment. jur. civ. Lib. VI, Cap. XXV, num. XXVII. Vinn. ad rubric. Instit. De vulg. Merenda, IV, Controv. VI*, 12 et 13.

secondo, un terzo sostituto al pupillo, mancandogli il primo (1).

Non si sa con precisione il tempo della introduzion della pupillare. Certo è però, che in Roma molto prima dello anno 666 dalla sua fondazione, vi ebbe una causa celebratissima per una tal sostituzione fatta da Marco Coponio, in persona di Manio Curio, della quale ci han trasmessa la memoria Cicerone (2) e Quintiliano (3). Dunque la sostituzion pupillare venne trecento anni o in quel torno dopo la vulgare (4).

La

(1) *L.* 2, *D. De vulg. et pupill.*

(2) *De Orat. I*, 39, 57; *II*, 6, 39, *et alibi.*

(3) *Inst. Orat. VII*, 7.

(4) La notizia del tempo della causa Curiana si ricava da Cicerone. Ne' suoi libri *De oratore* è uno de' principali interlocutori Lucio Crasso, il maggiore orator romano nella età precedente a quella di Tullio. Crasso fu quegli, che difese Curio. Cicerone nel proemio del terzo libro di que' dialoghi, facendo l'elogio funebre di Crasso, lo dice opportunamente morto prima, che scoppiasse la guerra sociale

La sua final cagione, come si è detto, fu la utilità del pupillo; doppia utilità, una onorifica, cioè quella di avere un erede; l'altra reale, cioè averlo di scelta del padre, rimovendo gli eredi legittimi, che potevano essergli pericolosi. Diciamolo colle parole del Vinnio, per iscegliere un'autorità tra tante tutte concordi: *Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est; quibus non solum honorificum, sed etiam utile visum heredem testamentarium, et eum, qui patris iudicio datus esset, habere. L. 42, D. De adqu. vel omitt. hered. Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidiis minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit; propter quam causam cavere olim patres*

le contra i Romani, che cominciò l'anno di Roma 666. L'introduzion della pupillare dovè precedere di molto tempo quell'epoca, perchè nella causa di Curio non si disputava del valor della pupillare, ma se la pupillare espressa contenesse la vulgare tacita; ed in oltre gli oratori delle due parti parlavano della pupillare, come di cosa introdotta *ab antiquo.*

tres solebant, ne pupillares tabulae, vivo adhuc et impubere filio, aperirentur (1).

Fin quì abbiamo le due sostituzioni, che nel diritto romano si dicon dirette, la vulgare e la pupillare; perchè da' testatori si ordinavano *directis verbis, sive imperativis, sive civilibus.* Elle procedevano da un atto di autorità del disponente, al quale si ubbidiva, come a legge. La indiretta, ossia la fedecommessaria, viene più tardi, e comincia ad essere in vigore ed in voga dopo la libera repubblica, da' tempi di AUGUSTO in poi. Con essa si prese a dare la eredità, pregando l'erede, che dopo acquistatala, la restituisse ad un altro. Quì il sostituto era anche secondo erede, ma in modo diverso dal vulgare. Il vulgare succedeva immediatamente al defunto, occupando quel posto, che non s'era preso dal primo. Il fedecommessario prendeva il posto del primo, dopo cessatosi da costui di tenerlo. Nella volgare, l'uno veniva in esclusione dell' altro; nella fedecommessaria venivano entrambi successivamente.

Questa è la essenziale differenza fra le dette due sostituzioni. Quella delle parole cominciò a non esser più

(1) *Ad princ. Inst. De pupill. subst.*

più essenziale, dacchè AUGUSTO, rendendo obbligatorie le parole deprecative, agguagliò la preghiera al comando. Allontanatasi la idea, che il testamento fosse un atto legislativo (idea non compatibile colla novella forma del governo), non si attese più alla qualità delle parole, e prevalse la volontà. A' tempi soprattutto di COSTANTINO fu tolto alle formole ed alle parole solenni il privilegio, che, per così dire, godevano nelle ultime disposizioni; e vi vennero ammesse tutte le maniere di esprimersi, purchè bastevoli a significare le volontà de' defunti (1).

Ma qual fu dopo nata la fedecommessaria, la differenza fra questa e la pupillare, se prescindiamo dalla sbandita differenza delle parole? Fu quella, che nasce dal loro diverso fine, e dalla loro diversa natura. Il fine della pupillare è quello di dare un successore scelto a chi per la età non potesse eleggerselo egli; nella fedecommessaria il testatore fa prevalere la scelta sua a quella, che far si potrebbe dall' istituito. La pupillare supplisce al difetto della età; la fedecommessaria toglie quel, che la età di per

(1) *L.* 15, *C. De testamentis.*

per se porterebbe. La pupillare è diretta alla sola utilità dell' istituito; l' utile del sostituto vi viene per accidente, e contra il voto del paterno animo, che non può certo desiderare la morte immatura del figliuolo: la fedecommessaria ha in mira la utilità del sostituito non meno, che dell' istituito. La pupillare è figlia dell' amore e della sollecitudine paterna; la fedecommessaria era figlia spesso della vanità e della ambizione del testatore. La fedecommessaria imponeva delle gravezze all' istituito, divieto di alienare i beni in vita, divieto di disporne in morte: la pupillare nulla di tutto ciò, talchè includeva anche la legittima del figliuolo e tutti i suoi beni. Se il pupillo non disponeva in morte, era la legge, che gliel vietava. In vita, poteva alienare tutto ciò, che per la età gli era permesso, nè il pupillar sostituto aveva diritto a rivocarlo, come il fedecommessario avrebbe potuto.

Per la qual cosa i dotti insegnano: *Substitutio pupillaris nihil commune habet cum fideicommissaria substitutione*, come dice il nostro Aulisio (1). An-

(1) *De pupill. subst. Quaest. II.*

Anzi *contrariam naturam habet substitutioni fideicommissariae*, come Scipione Gentile (1). E perchè *nihil comune* hanno tra loro? E perchè anzi sono contrarie? Lo spiegano gli stessi ed altri scrittori. *Quia non est pupillo interdictum vel interdicendum, ne bona sua alienet, licet facta sit ei substitutio, sicut nec cuiquam testatori post factum a se testamentum.* Così il Gentile (2). *Nam substitutio pupillaris non impedit, quominus bona alienari possint . . . Sed contra in substitutione fideicommissaria.* Così lo stesso lodato giureconsulto in luogo poco lontano (3). Similmente lo Struvio: *Si impubes paternae se se immiscuerit hereditati, demortui pupilli bona omnia, sive a patre, sive aliunde provenientia, substitutus adquirit. Hinc quaero, an etiam substitutus possit vindicare, quae pupillus rite cum decreto magistratus, adhibita auctoritate tutoris, alienaverit? Quod nego cum* Gailio *etc. Pater enim*

(1) *De pupill. subst. Cap. VI, De effectibus pupillaris.*

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid. De requisitis subst. pupill.*

enim vocat substitutum ad bona, QUAE RELIQUIT FILIUS (1).

Sorti che furono i fedecommessi, non fu per tanto impedito a' padri il potergli usare sopra i lor figliuoli di famiglia, che lasciassero impuberi, e limitargli anche alla età pupillare. *Uti paterfamilias legassit, ita jus esto*. Tale era il principio fondamentale del testare presso i Romani. Abbiamo l'esempio di tal fedecommesso in PAPINIANO, il quale vi nota le differenze precipue tra la sostituzion pupillare, e la fedecommessaria imposta al pupillo, come ad un estraneo (2). Ma perchè nel pupillo s' intendesse usata la fedecommessaria, non la pupillare, bisognava, che il padre l'avesse senza equivoco espresso. *Rogo te fili, ut si impubes diem tuum obieris, hereditatem restituas.*

Il discernicolo dunque vero tra la pupillare e la fedecommessaria è nel fine. Dove prevale il favor della età, ivi è la pupillare. Dove la volontà del testatore mira a tutto altro, che a soccorrer la età, ivi è la

(1) *Ad Tit. Pandectar. De vulg. et pupill. subst.*

(2) *L.* 41, §. 3, *D. De vulg. et pupill.*

è la fedecommessaria. E questo spiega, come nel diritto si ritrovi un fedecommesso, che diverso da tutti gli altri, si surroga alla pupillare, e appellasi *pupillar fedecommesso*, per distinguerlo dagli ordinarj, che i DD. in questa contrapposizione chiaman *volgari*. Imperciocchè in quello si accomodano al *fine* della pupillare, ossia al favor della età; i *mezzi* della sostituzione indiretta; ossia obbliquasi la pupillare, facendosi passare al pupillar sostituto i beni del pupillo, per via di restituzione ingiunta o agli eredi legittimi del pupillo, o al pupillo stesso. Il che ha luogo sempre, che la pupillare per difetto di forma o di potestà, non possa essere eseguita nella sua primitiva natura. Ma non bisognandole del fedecommesso, se non la maniera della esecuzione, e dovendosi tener fermo il suo fine (altrimente degenererebbe al tutto dal suo essere); non ogni fedecommesso è buono a questo amalgama, ma quel solo, che si confà all' indole della pupillare, tale cioè che lasci il pupillo padrone libero de' suoi beni, e che tanto ne faccia passare al sostituto, a quanto il chiamò il sostituente. *Pater enim* (secondo la bella frase dello Struvio) *vocat substitutum ad bona, quae filius reliquit*. Dunque la pupillare si obbliqua in un fedecommesso di *reliquato*, che non duri più della pupil-

pillare, ossia della età non atta a testare; e questo fedecommesso, non avendo fine diverso da quel della pupillare, si scambia con essa, ed esce dalla classe de' fedecommessi comuni. Tanto egli è vero, che il fine diversifica la fedecommessaria dalla pupillare. Il fedecommesso di *reliquato* non ristretto fra la età del bisogno e del giovamento del pupillo, induce la gravezza del restituire, e va tra' fedecommessi vulgari. Il fedecommesso di Papiniano, ossia della *L.* 41, *De vulgari et pupillari*, grava il pupillo, e non è in grazia della età, ma della volontà paterna; laonde è fedecommesso anche *vulgare*. Il vero pupillare *non grava* il pupillo, ed essendo diretto al suo giovamento, non ha di fedecommesso, che la esterna divisa, ed una parte della denominazione. Ma di tutto ciò più estesamente sotto la quistione della obbliquazione. Intanto per terminar di delineare la storia delle sostituzioni primitive, aggiunghiamo poche altre cose.

Sotto gl'Imperadori si cominciò nella nostra materia a sentire un vacuo. Se giovava al pupillo l'avere un erede scelto dal padre, che allontanasse da lui la cupidigia degli eredi della legge, casuali e sospetti, di simil giovamento sarebbe ciò stato a'mentecatti, a' furiosi, ed a chi a buon conto per difetto morboso

boso non potesse sceglersi egli l'erede. Qual differenza dagli uni agli altri, dalla cagione infuori? Ma la incapacità di provvedere alle sue cose era simile in entrambi, e forse maggiore ne'secondi. Si cominciò quindi ad introdurre, che ricorrendo al Sovrano chi fosse nella disgrazia di aver figliuoli bisognosi di questo soccorso, si concedesse loro la domanda. Papiniano ci ha conservata la memoria di questi esempj (1).

Ma Giustiniano fu quegli, che mosso più fortemente dalla convenienza de'due casi, fece di diritto comune la sostituzione a'mentecatti ed a'furiosi (2); che il foro chiamò *esemplare*, perchè introdotta ad esempio della pupillare, e che più propriamente è dai dotti chiamata *quasi pupillare*, anzi è confusa con quella (3).

Tre cose notabili sulla legge di Giustiniano. La prima. Il principio, che mosse il legislatore, ed ei lo

(1) *L. 43, D. De vulg. et pupill.*

(2) *L. 9, C. De impuberum et aliis substitutionibus.*

(3) *Goveanus ad tit. De subst. pupill. Vinn. ad rubr. Inst. De vulg. num. 4.*

lo dichiarò solennemente, fu la *umanità*, cioè il desiderio di dar soccorso a chi ne avesse mestieri. A riguardo della umanità, *humanitatis intuitu*, protesta egli di estendere la pupillare a'dementi. Questo stesso era stato il principio de'giureconsulti inventori della pupillare; ma i giureconsulti non eran legislatori; non potevano parlar chiaro, non potevano indurre una cosa nuova, senza colorarla della derivazione da una antica già stabilita, e per questo si appresero al diritto della potestà patria.

La seconda. Coerentemente a' diversi principj, i giureconsulti doveron chiudere la pupillare fra'cancelli della potestà patria; ma l'Imperadore diede alla quasi pupillare tutta quella latitudine, che conveniva al suo vero principio più esteso; e permisela a tutti gli ascendenti di qualunque sesso, cioè a coloro, cui maggiormente calesse dell' infermo.

La terza. Tanto è lungi, che la cagion vera della pupillare fosse la potestà patria, che a' tempi di Giustiniano il potere paterno s' era infievolito in modo, da non più riconoscervisi la patria potestà antica, quella di sette e otto secoli addietro, del tempo della repubblica, quando vi fu introdotta la pupillare. Che altro potere i padri avevano sulle persone de'figliuoli al tempo di Giustiniano, fuor solamente quel-

quello della modica coercizione, che anche s'è loro serbata a' dì nostri, e viene dalla natura? quei padri, che prima vendevano fino a tre volte i figliuoli, e gli ammazzavano di loro privata autorità. Che altro diritto era lor rimaso su'beni di quelli, oltre un semplice usofrutto sopra i soli avventizj? poichè i castrensi ed i quasi castrensi erano stati da molto tempo sottratti dal loro impero. I profettizj eran beni de' padri, da cui procedevano, anzichè de'figliuoli. Che differenza in ciò fra 'l tempo di GIUSTINIANO e gli antichi di Roma, quando lungi dal potere avere i figliuoli alcuna cosa in proprio, erano anzi essi *cose* del padre? Il lodato Imperadore diè l'ultimo crollo alla patria potestà colle novelle CXV e CXVIII, sbandendo dalla successione testata colla prima, e dalla intestata colla seconda, la influenza della potestà patria, e la prerogativa del suo derivato, ossia della *suità*; ed agguagliò la condizione de'figliuoli emancipati a quella de' *suoi* (1). Egli è quindi evidente, che la pupillare ha tenuto un corso contra-

(1) È riflessione del FURGOLE. *Des testamens. Chap. VIII, sect. I, num.* 22.

trario a quello della potestà patria, poichè il suo favore si è mantenuto, mentre quello della potestà paterna è venuto estenuandosi; ed è cresciuto e si è disteso a casi nuovi, quando la civile potestà patria era quasi spenta.

Abbiamo dunque nel diritto romano la vulgare, la pupillare, la esemplare, la fedecommessaria; tutte chiamate *sostituzioni*, ma tutte diverse l'una dall'altra, spezialmente le tre prime dall'ultima; talchè Giustiniano assegnò loro sedi diverse nelle varie parti della sua compilazione, e non mai confuse la fedecommessaria colle dirette; e nell'uso del parlar giuridico-romano per sostituzione senz'altro la fedecommessaria non s'intende mai (1).

I principj fin quì rammentati ci serviranno alla disamina non meno di altre considerazioni, che di quelle, le quali si leggono nella decisione sulla prima quistione, e sono le seguenti.

Con-

(1) *Vinnius ad rubr. Inst. De vulg. subst. num.* 3.

Considerazioni della G. C. Civile.

I. *Attesochè per legge allora si ammette una sostituzione pupillare, quando il padre, dopo aver disposto della sua eredità, nello stesso atto, o in atto posteriore, passi a disporre della eredità, e de'beni del figlio, nel caso, in cui muoja prima di giungere alla pubertà; ed è perciò che il pupillar sostituito diviene l' immediato successore, non del sostituente, ma del pupillo.*

II. *Attesochè, ove il padre, istituendo erede il figlio impubere, diagli un sostituto ne' soli beni di esso testatore, per raccorli, se l'erede in età pupillare sen muoja, lungi di esser questa una sostituzione pupillare, sarà fedecommessaria colla condizione aggiunta,* Si filius in pupillari aetate decesserit: *del qual modo di sostituire si hanno gli esempj in varj luoghi del dritto romano, e precisamente nella* L. 41, §. 3, ff. De vulg. ec. *Difatti quando il testatore sostituisca soltanto ne' beni suoi, cessa il motivo e l' oggetto della pupillare, principalmente diretta a dare al pupillo il bene e l' onore di morire con un erede testamentario; poichè nella specie la eredità del pupillo, lungi di passare al sostituito, si raccoglierebbe da' di lui legittimi eredi.*

III.

III. *Attesochè il Marchese D. Ferdinando Folgori nel testamento, che scrisse nel* 1801, *dopo aver contemplato il caso di mancamento de' figli, o della morte di costoro in età pupillare* ab intestato, *aggiunse:* » *Istituisco detta Marchesa D. Marianna* » *mia dilettissima moglie, guardando però il letto* » *vedovile, erede usofruttuaria di tutti li miei beni,* » *che per qualsivoglia titolo e ragione a me si ap-* » *partengono e possono appartenere ec.* ». *E la stessa limitazione fu dal testatore in più luoghi dello atto espressamente ripetuta, per modo, che essendo chiara la volontà, ch'egli ebbe di sostituire ne' soli suoi beni, in vano si vuol creare una sostituzione pupillare, la quale richiede per essenza non un erede del sostituente, ma del pupillo: nella specie si ha una sostituzione fedecommessaria fatta al pupillo, non già una sostituzione pupillare.*

Osservazioni sulle considerazioni della G. C.

1. In tutte le trascritte considerazioni un solo argomento si truova, e si riduce a questo sillogismo: » Allora la sostituzione è pupillare, quando il padre dopo disposto della sua eredità, passi a disporre della eredità e de' beni del figliuolo, in caso che questi muoja in pupillare età. Ma il testatore Folgori dispose, che il sostituto dato al pupillo succedesse ne' beni e nella eredità di esso testatore. Dunque la sua sostituzione è fedecommessaria, non pupillare. » Ed in conferma si allega il §. 3 della L. 41, *D. De vulgari et pupillari*, dove Papiniano distingue il sostituto pupillare dal sostituto fedecommessario del pupillo.

2. La maggiore del detto sillogismo è falsa. Altro è, che il sostituto pupillare prenda tutti i beni del pupillo, qualunque sia la loro origine, il che è vero (1); altro è, che debba il padre spiegarlo, ed esprimere i beni del pupillo, ch' è il senso della proposizion della G. Corte, la quale perciò è falsa. Il Cardinal Mantica (che il Vinnio chiama mirabile no-

(1) *L.* 16, §. 5, *D. De vulg. et pupill.*

uomo) insegna appunto il contrario di ciò, che ha la G. Corte assunto. La sostituzione è pupillare, dice egli, se il testatore abbia detto: *Si contingat filium meum decedere in pupillari aetate, volo quod* BONA MEA *deveniant ad Titium. Nam licet prima fronte videatur posse dici substitutio fideicommissaria, et consequenter substitutum non posse in bonis pupilli succedere, tamen .... verba illa* BONA MEA *rejici debent.* E cita BARTOLO ed altri molti di concorde avviso, fondati sulla irrefragabil dottrina, che per diritto romano l'erede istituito *in re certa*, senza erede universale, succedeva universalmente, detratta la menzione della cosa determinata (1). Anzi, il che dee sembrare più forte, lo stesso scrittore dimostra, che non alteri la pupillare il dirsi dal padre: *Si filius meus in pupillari aetate decesserit, Titius* MIHI *heres esto* (2). Qual mai espressione potrebbe essere più in apparenza contraria alla natura della pupillare, la quale dà l'erede al figliuolo, non già al padre?

3. Ep-

(1) *De conjectur. ultimar. volunt. Lib. V, tit. VII, num.* 7.

(2) *Ibi, num.* 5.

3. Eppure la dottrina del Mantica è quella del puro diritto romano. *Qui filio impuberi substituitur ita : Si filius meus moriatur, priusquam in suam tutelam veniat, tunc Titius* MIHI *heres esto ; sicut hereditatem vindicat, perinde ac si verbum hoc* MIHI *adjectum non esset, ita bonorum quoque ejus possessionem accipere potest*. È Giuliano, che parla nella legge VIII, *De bonorum possessionibus*. Puossi desiderare testo al nostro caso più adatto ? Il testatore aveva detto, *sia mio erede Tizio* ; e la legge dice, *è l'erede del pupillo*, e prende così la *eredità* di lui, come quella, che dicevasi nel diritto romano *bonorum possessio*, ch'era la eredità pretoria. E il *mihi*? Il *mihi*, soggiugne la stessa legge, è una giunta, di cui non si tien conto, *ac si adjectum non esset*; cedendo la parola al senso.

4. E nel titolo *De vulgari et pupillari*, non insegnasi forse ciò, come la prima cosa necessaria a sapersi nella materia ? Ecco la formola, che ivi nel primo paragrafo della prima legge dà Modestino della semplice e della doppia sostituzione. *Lucius Titius heres esto. Si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Sejus heres mihi esto.* Questo è il caso della semplice vulgare. Siegue il doppio caso. *Si heres non erit* (caso della vulgare) ; *sive erit*,

 et

et intra pubertatem decesserit (caso della pupillare); *tunc Cajus Sejus heres* MIHI *esto*. Ecco il *mihi* in bocca al testatore nel dar l' erede al figliuolo. E così in altri luoghi del corpo del diritto e di fuori, da' quali BARNABA BRISSONIO raccoglie più formole, che portano come erede del padre l' erede del pupillo, cominciando dal tempo antichissimo della causa Curiana (1).

5. Similmente GIUSTINIANO nella formola, che dà egli stesso della pupillare, confonde l'erede del padre con quel del figliuolo. *Titius filius heres mihi esto. Et si filius heres non erit; sive heres erit, et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit; tunc Sejus heres esto* (2). Ecco quì l' *heres* semplicemente messo, che corrisponde a' due casi, al caso di succedere al padre, ed al caso di succedere al figliuolo. Per simil modo testualmente è anche disposto, la vulgare espressa contenere la tacita pupillare (3). Or nel-

(1) *De Formulis et solemnibus populi romani verbis. Lib. VI, num. XXXVII, XXXVIII, XXXIX.*

(2) *Princ. Inst. De pupill. subst.*

(3) *L. 4, D. De vulg. et pupill. L. 4, C. De impuberum et aliis substitutionibus.*

nella vulgare il sostituito è certamente l'erede del padre. In tutte queste disposizioni letterali del diritto la forza della cosa assorbe il difetto delle parole, e fa sparire le inesattezze del dire.

6. Ma in che mai è riposta la forza della cosa? Nel carattere della pupillare, veduto di sopra; cioè nell'essere la disposizione ordinata *in grazia*, *in soccorso della età*, *in favore del pupillo*; e ristretta al tempo, in cui sia il figliuolo incapace di far testamento. Colla massima esattezza legale il lodato Cardinal Mantica: *Si testator specialiter fecerit mentionem pupillaris aetatis*, *veluti*, Si filius meus decesserit in pupillari aetate, *manifeste colligitur*, *testatorem voluisse pupillarem facere substitutionem*, *quia haec est verborum formula*, *quibus concipitur substitutio pupillaris . . . Et ita ex commemoratione pupillaris aetatis glossa magna colligit*, *factam esse pupillarem substitutionem . . . . et sequuntur doctores* (1).

7. Il testo di Papiniano nulla pruova, perchè ivi il disponente, benchè avesse ristretta la sostituzione alla età pupillare del figliuolo, aveva nondi-

 me-

(1) *Lib. V sup. cit. tit. VII*, *num.* 4.

meno usate le formole proprie e solenni del fedecommesso. *Si heredem filium pater* rogaverit, *si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere* (1). Questo è il caso di Papiniano. Il *rogare*, il *restituere* eran le parole proprie dei fedecommessi, e non lasciavan dubbio sulla paterna intenzione. Al tempo di Papiniano le formole decidevano delle intenzioni. Il testatore volle in quel caso *gravare* il figliuolo. Perciò non poteva questi alienare; perciò gli fu conceduta la detrazion della quarta; cose tutte avvertite dal GC. Di tal testo in questa causa (vaglia per episodio) i primi a farne uso sono stati i difensori della sostituzione, per dimostrare la differenza tra fedecommesso e sostituzion pupillare. Veggasi la nostra prima difesa. Intanto gli avversarj, da cui la decisione l'ha preso, si vantano di questa citazione, come di una scoperta pellegrina.

8. Nel nostro caso all'incontro è certo, tornando al proposito, che non volle il testatore gravare il figliuolo; perciocchè bramando il perpetuo lustro del suo cognome, gravò di un majorasco il fratello, qualora gli avvenisse di succedere al nipote pupillo; ma

(1) *L.* 41, §. 3, *D. De vulg. et pupill.*

ma lasciò il pupillo nella libertà piena, qualora uscisse della età pupillare. Doveva il majorasco essere per la discendenza del fratello, non per quella del figliuolo.

9. Più. Le espressioni del nostro testatore furono esattissime, e non han bisogno neppure degli esempj della legge per essere intese o giustificate. Oltre l' esser tutte imperative, la eredità e i beni del pupillo non dovevano altra cosa essere, che la eredità e i beni del padre. I pupilli del Marchese D. Ferdinando, per le leggi del tempo del testamento e pe' patti di famiglia, niente sperar potevano da' materni congiunti. Da' zii paterni neppure, ch' erano vitaliziarj entrambi, e carichi di molta prole. Dote materna non ne avevano, perchè la madre viveva, ed essendo giovane, non si temeva, che dovesse sì tosto finire. Dunque i beni, che verisimilmente avrebbon lasciati, non altri stati sarebbero, che i beni del padre.

10. Merita in oltre di esser notato sulle trascritte considerazioni il dirsi, come si fa nel num. I, che *si ammette la sostituzion pupillare, quando il padre* DOPO *aver disposto della sua eredità* NELLO STESSO ATTO, *o in atto posteriore, passi a disporre della eredità o de' beni del figlio.* Ma la legge

 di-

dice il contrario, quando l'atto sia lo stesso. *Sed s quis ita fuerit testatus*, Si filius meus intra XIV annum decesserit, Sejus heres esto, *deinde*, Filius heres esto; *valet substitutio*, *licet conversa scriptura*, *filii testamentum fecerit* (1).

11. In questa prima parte adunque della decisione, sono state in primò luogo violate le leggi, che danno la formola della pupillare, cioè la *L.* 8, *D. De bonorum possessionibus*, la *L.* 1, *§.* 1, *D. De vulg. et pupillari*; ed il principio delle Istituzioni, *De pupillari*. È stato erroneamente applicato il §. 3. della L. 41, *D. De vulg. et pup.* È stato violato il §. 2 della L. 2, *De vulg. et pupill.* E tutto ciò, per sostenere il paradosso, che nel testamento di D. Ferdinando Folgori manchi quella pupillare, che salta agli occhi anche de' meno attenti lettori.

CA-

(1) *L.* 2, *§.* 2, *D. De vulg. et pupill.*

CAPO III.

Disamina della seconda quistione : Se , esistendo nel testamento di D. Ferdinando Folgori sostituzion pupillare , sia D. Niccola il pupillar sostituto.

Le considerazioni di questa seconda quistione si riducono a ciò; che se vi è sostituzion pupillare nel testamento di D. Ferdinando Folgori, sia ella a beneficio della Marchesa sua moglie , perchè la medesima venne sostituita a' figliuoli pupilli in usofrutto , non formale, ma causale , ossia in proprietà, ma col peso di restituire , o in morte o in caso di seconde nozze ; e che dovendo ne' suddetti casi la restituzione farsi a D. Niccola Folgori suo cognato il primo, per poi succedergli i suoi discendenti , la chiamata di D. Niccola non altrimenti sia , che fedecommessaria. Leggiamo prima le parole della decisione, e poi vedremo , quanto elle contengan di vero.

CONSIDERAZIONI DELLA G. C. CIVILE.

I. *Attesochè, se anche tal sostituzione pupillare volesse supporsi nel testamento del Marchese D. Ferdinando, pure si troverebbe ordinata unicamente in vantaggio della di lui moglie, Marchesa D. Marianna, alla quale per fedecommesso fu sostituito D. Niccola Folgori.*

II. *Attesochè questa è una verità sostenuta da molti chiarissimi luoghi del testamento. Il Marchese dopo di aver istituita erede usofruttuaria la moglie, soggiunse: » Dopo la morte della quale, o nel caso » che la medesima passasse a seconde nozze, vo- » glio, che in detta mia eredità e beni, succeda e » debba succcedere il mio fratello, Capitano Signor » D. Niccola Folgori, e suoi figli e discendenti ma- » schi, legittimi e naturali, da primogenito in primo- » genito,* in perpetuum et in infinitum ». *E più oltre: » Succedendo mio fratello D. Niccola, ne' casi » predetti, alla mia eredità, voglio che ne sia sem- » plice usofruttario, durante la sua vita, e dopo la » morte del medesimo, succedano e debbano succe- » dere in essa li suoi figli e discendenti maschi, le- » gittimi e naturali ». Finalmente il testatore, dopo che ebbe allacciata la sua eredità con perpe-*

tui

tui inviti fedecommessarj , messi a carico del primo chiamato , D. Niccola Folgori , ne garentì l'effetto , prescrivendo l' obbligo di conservare per restituire , ne'seguenti termini : » A tale effetto ne'casi predetti » proibisco al detto D. Niccola , ed agli altri chia- » mati in detta primogenitura e fedecommesso , l'alie- » nazione e distrazione de' detti miei beni per qua- » lunque causa , anche privilegiata e permessa dal- » le leggi , volendo , che detta mia eredità e beni » si conservino nella famiglia in perpetuo ed in in- » finito , per li chiamati in detta primogenitura e » fedecommesso . . . . Parimenti voglio , ordino e » comando , che facendosi il caso del fedecommes- » so ordinato a beneficio di detto D. Nicola e dei » suoi discendenti , o di qualunque altro da me in- » vitato ec. ».

III. *Attesochè tutti questi luoghi del testamento rendono chiara ed indubitata la volontà del Marche- se D. Ferdinando , di aver voluto dare alla moglie l' usofrutto non* formale , *ma* causale *di tutta la sua eredità , ove mai ne' figurati casi la conseguisse ; e di aver con ordine successivo , ed in via di fede- commesso , invitato D. Niccola Folgori a raccogliere la eredità medesima dopo la morte della Marchesa , o prima , se ella si avvisasse di contrar nuove noz-*

 ze.

ze. E tanto è lungi il supporre, che D. Niccola Folgori fosse chiamato ad aver la proprietà nel tempo stesso, in cui la moglie del testatore ne otterrebbe l'usofrutto, che lo stesso D. Niccola fu anche invitato a godere del solo usofrutto; il che esclude la idea di una disposizione semplice di usofrutto all'una, di proprietà all' altro. Altronde il testatore, avendo espressamente ed in più volte spiegato, di aver disposto un fedecommesso a favore di D. Niccola Folgori, de' suoi discendenti, e di ogni altro progressivamente invitato, tutte le regole legali si offenderebbero, e la volontà del disponente sarebbe violata, se il Magistrato si arbitrasse di correggerla, creando per D. Niccola una sostituzione pupillare, che il testatore in niun caso immaginò, o disse di aver per lui ordinata.

IV. *Attesochè la circostanza di esser la Marchesa D. Marianna premorta al figlio, non migliora la condizione di D. Niccola Folgori, nè fa, che da sostituto per fedecommesso, possa egli assumere la qualità di pupillar sostituito. Il testatore non scrisse più gradi di sostituzione pupillare, com'eragli permesso dalle leggi del tempo, in cui testava; e molto meno chiamò D. Niccola per volgare espressa,*

sa, in guisa che potesse egli riputarsi un pupillar sostituito in secondo grado. Quindi è, che dovendo egli ripetere la eredità del nipote, non come immediato successore di costui, ma dalla Marchesa pupillar sostituita, ebbe manifestamente un invito fedecommessario, non già diretto, nel quale la tacita pupillare si contenesse.

OSSERVAZIONI SULLE TRASCRITTE CONSIDERAZIONI.

Affine di non lasciare neppure per un momento sospesa sulla nostra ragione la mente de'nostri lettori, supporremo in prima colla decisione, combattendola colle stesse sue armi, che la Marchesa fosse stata chiamata a succedere al figliuolo nella proprietà piena, e che quindi fosse ella la pupillar sostituta. Dimostreremo, che tal supposizione non esclude la sostituzion pupillare di D. Niccola Folgori. Indi confuteremo per un soprappiù la stessa supposizione.

I. D. Niccola Folgori fu chiamato a succedere *dopo la morte* della Marchesa sua cognata, *o in caso, che la medesima passasse a seconde nozze.* L'uno e l'altro avvenimento poteva aver luogo così vivente il pupillo, come dopo lui morto; e le parole del testatore, non limitandosi ad alcun tempo,

nè riferendosi più all' uno, che all' altro, comprendevano espressamente ed egualmente i due tempi, quello, che precedesse la morte del pupillo, e quello, che la seguisse. La sostituzione di D. Niccola alla Marchesa, morendo ella dopo il figliuolo (non parliamo delle seconde non avvenute nozze, per non imbarazzare inutilmente la quistione, delle quali per altro va detto lo stesso), poteva bene esser fedecommessaria, ricevendo egli in questo caso i beni dalla cognata. Ma trapassando, come in fatti trapassò, avanti il figliuolo, la sostituzione di D. Niccola, non succedendo questi a lei, ma sibbene al nipote, non era e non poteva essere, se non vulgare. Dunque abbiamo in questo caso, e nella ipotesi, che seguiamo, due sostituti pupillari; l' uno in primo luogo nella persona della madre, l' altro in secondo luogo nella persona del zio.

La stessa decisione nella considerazione IV riconosce, che poteva il testatore scrivere *più gradi di sostituzion pupillare*, com' eragli permesso dalle leggi del *tempo*, *in cui testava*. L' errore dunque è stato nel non vedere nelle parole, *dopo la morte della quale* (cioè della Marchesa), il caso della vulgare. *Potest quis in testamento suo plures gradus heredum facere, puta: Si ille heres non erit, ille here:*

heres esto (1). Or la morte della madre prima del figliuolo faceva, che quella non potesse essere erede di lui; e che lo fosse in sua vece il zio. Questa appunto è la vulgare, che nel diritto romano è la sostituzione per eccellenza. *Heredes aut instituti dicuntur aut substituti. Instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio* (2).

Come dunque la decisione ha detto, *che il testatore non scrisse più gradi di sostituzion pupillare*? O la Gran Corte non ha ammesso, che chi prima muore, non può succedere a chi muoja appresso, ed in ciò ha perduto di vista il principio fondamentale di tutte le successioni (3); o non ha riflettuto, che chi è invitato in luogo di altro, il quale non abbia potuto succedere, viene *per vulgarem*, ed in ciò ha sbagliato contra la definizione della vulgare, la quale è la stessa e nel diritto antico e nel nuo-

(1) *Princ. Inst. De vulg. subst.*

(2) *L.* 1, *D.. De vulg. et pupill.*

(3) *Per poter succedere è necessario di esistere nel momento, in cui si apre la successione.* LL. CC. Art. 646. *Le successioni si aprono per la morte.* Art. 638.

nuovo. Dell'antico l'abbiam veduta. Eccola del nuovo: *Può all' erede istituito, al donatario o al legatario sostituirsi una terza persona nel caso, che alcuno di essi non conseguisse la eredità, la donazione o il legato. Questa sostituzione vien detta* sostituzione vulgare (1).

Sarebbe soverchio lo aggiugnere, che siccome si può sostituire per vulgare all' erede proprio, così si possa all' erede, che si dà al pupillo, ossia al pupillar sostituto. La decisione il concede espressamente, come si è osservato; ed è cosa tanto ovvia, che il negarlo sarebbe nota di somma imperizia. *Quo gradu heres liberis substituatur, non interest* (2).

Finalmente non si debbon confondere le chiamate de' discendenti di D. Niccola colla chiamata dello stesso D. Niccola. Le dette chiamate sono tutte indirette, fedecommessarie, e suppongono in D. Niccola il doppio gravame di conservare e di restituire. Ma ciò non impedisce la chiamata diretta di D. Nicco-

---

(1) *LL. CC. Art.* 936.

(2) *L.* 13, *D. De vulg. et pupill. L.* 25, *eod.* POTHIER, *Pand. Justin. tit. De vulg. et pupill. num. XXXV.*

cola, ed il suo immediato succedere al nipote. In tutti i testamenti antichi, dove si leggono ordinati dei fedecommessi, il primo a raccogliere la successione è l'erede, è l'istituito; tutti gli altri, a' quali ella passa, vi vengono per sostituzione, e per restituzione da farsi da quel primo. Se il nostro testamento si fosse fatto realmente dal Marchesino di Ducenta, avrebbe egli scritto: *Istituisco mio zio ec. ec. colla obbligazione di restituire ec. ec.* Direbbesi in questo caso chiamato D. Niccola per fedecommesso? Intanto il fedecommesso vi sarebbe nel testamento.

II. Abbiam finora seguita la decisione nella sua posizione, e vi abbiam trovato un palpabilissimo errore, nel negarsi a D. Niccola Folgori la qualità almeno di secondo sostituto pupillare del nipote. Ma la posizione della G. C. che dà per pupillar sostituta la madre del pupillo, è del pari erronea; e pecca egualmente contra l'antico diritto ed il nuovo.

1. Errore contra il diritto antico. *Morendo i miei figli*, in pupillari aetate ab intestato, *istituisco la mia dilettissima moglie erede usofruttuaria ..... dopo la morte della quale, o passando ella a seconde nozze, succeda ne'miei beni D. Niccola Folgori, mio fratello.* Qual necessità è in questo luogo, di

di convertire l' usofrutto in proprietà? d' *impropriare* la parola usofrutto, e piegarla ad una significazione, che non è la sua naturale? La parola *proprietà*, insegna il dottissimo GERARDO NOOD, comprende talvolta l' usofrutto; *at non dominium ususfructus nomine censetur*, quando si parli co' vocaboli proprj (1). Le leggi soffrono in ciò la *impropriazione*, ma ne'casi di pura necessità, quando cioè la volontà del testatore non possa avere esito in altra guisa.

Tali sono i casi della *L.* 15, *D. De auro et argento legato*, della *L.* 12, *D. De usufructu earum rerum, quae usu consumuntur*, della *L.* 19, *Proculus, D. De usufructu* (1). Nella prima di esse il testatore aveva cominciato dalla cosa, aveva legate *species auri et argenti*; la menzione dell'usofrutto era venuta appresso. Più: aveva imposto a Seja di *restituire* ad alcuni liberti. Nell'altro caso della seconda legge, dopo lasciato *l' usofrutto* di una data somma di danaro, ne aveva il testatore ingiunta la *restituzione* ad un terzo. Nel caso della terza, si era vietato al lega-

(1) *De usufr. Lib. I, cap. II. in princ.*

(1) *Adde* CUJAC. *in L.* 32, *De usu et usufructu legato. Tom. VII, col.* 1370. *Editt. neapp.*

gatario di un casamento il potere alzarlo di più. Ora il dar la *cosa* è dar proprietà. Il dover *restituire* significa avere presso se. Il divieto de' diritti dominicali è inutile a chi non abbia dominio. Così tutti gl' interpreti spiegano le dette leggi. Ma nel caso nostro si comincia dall' *usofrutto*: *Istituisco mia moglie erede usofruttuaria*. Non s' impone a lei *restituzione* alcuna a favor del cognato, il quale anzi è chiamato direttamente: *Voglio, che succeda ne' miei beni D. Niccola mio fratello*. Divieto di alienare, ch' è uno de' diritti dominicali, è ingiunto al fratello ed a' suoi discendenti, non già alla moglie.

Che D. Niccola fosse chiamato a succedere *dopo la morte* della cognata, non significa già, che quella dovesse, durante la sua vita, esser la proprietaria della roba. Molti grandi scrittori discutono il caso dell'erede istituito *dopo la morte* o della moglie o di altra persona scritta erede usufruttuaria; e convengono, che le parole, *dopo la morte*, servono non a ritardare la istituzione dell' altro o a qualificarla di sostituzione, ma soltanto a vietare, che venga in alcun modo sturbato il godimento del fruttuario. Il Card.

MAN-

Mantica (1) ed il Furgole (2), autore classico del foro francese del passato secolo, in materia di testamenti, così insegnano nel caso della moglie usofruttuaria, *dopo la morte* della quale si legga altri istituito. Il dotto Vescovo di Segovia, Diego Covarruvia, insegna lo stesso nel caso d' un fruttuario qualunque, *dopo la cui morte* sia stato altri chiamato a succedere nella eredità (3). Lo stesso il Voet, il quale sì distintamente vi ragiona, che la sua dottrina merita attenzione speziale.

Si testator Titium in bonorum suorum usufructu heredem instituerit, vel omnium bonorum usumfructum ei legaverit, et adjecerit, se POST TITII OBITUM *instituere Maevium heredem, tantum abest, ut tunc sub usufructu dato proprietas quoque Titio concessa intelligatur, cum onere fideicommissi Maevio praestandi, ut potius, si subtilem romani iuris disputationem sequaris, dicendum fuerit, ipso iure inu-*

(1) *De conject. ultim. volunt. Lib. IV, tit. V, art.* 15.

(2) *Des testamens. Chap. VIII, num.* 55 *et* 56.

(3) *Variar. resolution. Lib. II; cap. II, num.* 5.

inutilem esse ususfructus concessionem . . . . Rectius dixerimus, testatorem, dum voluit usumfructum praestari, voluisse quoque, ut aliquis pure heres esset, qui ususfructus legatum praestet; cum is, qui vult consequens, etiam censeatur velle antecedens, sine quo consequens esse nequit, per iura vulgata; adeoque satis apte, ac secundum probabilem testatoris voluntatem, verba testamenti, quibus Maevium post Titii fructuarii mortem instituit, interpretaturi sumus, si tempus mortis Titii dicamus adjectum institutioni Maevii, non aditionis morandae gratia, sed tantum perceptionis fructuum differendi causa; atque ita non ad ius adeundi, sed ad efficaciam emolumenti pertinere; et ne scilicet heres Maevius usumfructum habeat, quamdiu Titius superstes est; et ut tanto magis enixa appareret defuncti voluntas, Titium, quamdiu vivit, ab herede Maevio non debere in usufructu turbari (1).

Così il lodato giureconsulto nel caso di un erede usofruttuario qualunque. Vuolsi però confessare, che in persona della moglie la esposta dottrina acquista

(1) *In Pand. Lib. VII, tit. I, De usufructu, num.* 12.

sta un peso di gran lunga maggiore. Imperciocchè da una banda il privativo titolo di erede dato alla moglie fino alla morte, si spiega bene per una semplice onorificenza attribuitagli dal marito, onde niuno entrasse con lei in contesa di dignità sopra beni, nel maneggio de'quali, durante il matrimonio, ella cedeva al marito solo. Dall' altra, non dovendo averne altro la vedova, che un libero godimento a vita, sarebbe la proprietà un mezzo superfluo per questo fine. Talchè in Italia è ricevuto, sotto nome di consuetudine di Bulgaro, che lasciata la moglie *domina e padrona di tutti i beni*, non s' intenda più, che semplice e formale fruttuaria della eredità (1); non ostante che una legge dichiari erede pieno colui, di cui abbia il testator detto: *Hereditatis meae dominus esto* (2).

Ma è bellissimo quell'argomento della decisione, che si toglie dacchè D. Niccola è ristretto, nel testamento, a non dover co' suoi discendenti altro avere, che l'usofrutto. Ove se ne fosse inferito, che chiama-

(1) Ved. il Card. Mantica in tutto il tit. VII. del lib. IX, *De tacit. et ambig. ult. volunt.*

(2) *L.* 48, *D. De heredibus instituendis.*

matosi usofruttuario D. Niccola, presso cui doveva certamente essere la proprietà de'beni, la stessa qualificazione di usofruttuaria non potesse indurre nella Marchesa negazione di proprietà, alla buon' ora. Ma la decisione ragiona così: D. Niccola non è proprietario, perchè il testatore lo ha chiamato usofruttuario. Dunque la proprietaria era la Marchesa, tuttochè chiamata usofruttuaria. Che diremo di questo modo di ragionare?

La illazione giusta, che nasce dal vedere chiamati usofruttuarj D. Niccola, i suoi discendenti e la cognata, era questa. La proprietà non può stare sospesa, spezialmente per un tempo infinito. Dunque l' usofrutto di D. Niccola e della sua discendenza è proprietà; e questo è l'usofrutto improprio, ossia l'usofrutto causale. Nella Marchesa non vi è ragione da impropriare la voce, perchè vi era con lei il proprietario vero, certo e necessario, il cognato. Dunque la voce *usofrutto* non vuolsi impropriare, quando è a lei attribuito. *Non aliter a verborum significatione recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud testatorem sensisse* (1). *A verborum significatione, idest*

(1) *L.* 69, *De legatis III.*

idest proprietate, spiega il Donello (1). Il senso proprio della parola è quel, che decide; tranne quando sia forza recederne. La qual regola non si dee mai perder di mira, come dice il Furgole: » Bisogna » sempre tornare alla massima, che non è lecito di» partirsi dal vero senso o significato delle parole, » se non quando vi siamo indotti da una spezie di » necessità, per evitare l'assurdo, e per non offen» dere la intenzione e la volontà del testatore, che » debbe esser chiara per manifeste pruove (allorchè » ci scostiamo dalla sua lettera) » (2).

In fine bastava, che la G. C. ponesse mente ad un altro sol luogo della disposizione, per non incorrere nell'equivoco, di cui parliamo. Il testatore, temendo, che la sua vedova potesse giammai essen molestata dal fratello o da' figliuoli di lui, in questo caso le lascia *in proprietà ed usofrutto* un gran fondo di moggia centonovanta, denominato la Favorita; e soggiunge: *Dal qual legato e prelegato* debba subito decadere, *passando a seconde nozze*. In primo luo-

(1) *Commentar. Lib. I, cap. XV, num. V.*
(2) *Des testamens. Tom. I, pag.* 526. *Paris,* 1810.

luogo, se della Favorita le fu lasciata la *proprietà e l' usofrutto* in pena delle molestie, da cui voleva il marito tenerla lontana; dunque nel resto non aveva altro, che usofrutto. In secondo luogo, se l'erede pieno doveva esser la moglie, da chi poteva venirle il *legato o il prelegato*? Il *legato* si prestava dall' erede (1), non all' erede; ed il *prelegato* si prestava all' erede, ma da un de' coeredi (2). Qual dunque è l'erede o 'l coerede, da cui si sarebbe alla Marchesa prestato il legato o il prelegato, se non il cognato? Quindi D. Niccola o è l'unico erede del pupillo, o è il coerede della cognata; cose, che vanno bene solamente colla proprietà data a lui dal principio, e coll'usofrutto dato alla cognata a titol di *erede usofruttuaria*.

2. Altro errore contra il diritto nuovo. Non solo gli antichi, ma tutti i giureconsulti del novello diritto, ma tutti i tribunali francesi non ammettono più, se non ne' casi d' inevitabile necessità, la distinzione di usofrutto causale e di usofrutto formale; e le parole, *dopo la morte dell' usofruttuario*, per una

(1) §. 1, *Inst. De legatis.*
(2) CALVINUS, *Lexic. jur. V. Praelegare.*

una nuova ed incontrastabile ragione, non possono ora importare differimento di successione nella proprietà, ma soltanto di godimento. La nuova ed incontrastabile ragione si è, che essendo oggi i fedecommessi proibiti, non si danno più fedecommessi interpretativi, com' è quello, ch' è riposto nell' usofrutto causale; e non si presume, che il testatore abbia fatto contra la legge. *Nel dubbio si dee reputare*, dice il Sig. MERLIN, *che il testatore non abbia voluto fare quello, che il diritto gli proibiva*; e si appoggia spezialmente al principio contenuto nella L. 12, *D. De rebus dubiis. Quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat* (1). La stessa dottrina si truova presso il GRENIER (2), il TOULLIER (3), il VIL-

(1) *Repertoire*, *V. Substitution fideicomm. Sect. VIII*, *num. VII. Questions de droit. Tom. VI*, *pag.* 754—756. *Paris*, 1820.

(2) *Des donations et des testamens. Tom. I*, *pag.* 113.

(3) *Droit Civil Français. Tom. V*, *pag.* 62.

Villargues (1) ec. ed in fine così decidesi in Francia (2).

Riducendo a un dilemma tutto ciò, che abbiamo osservato sulle considerazioni della seconda quistione; o la Marchesa di Ducenta, nel testamento del marito, venne chiamata nel solo usofrutto alla morte del pupillo, o anche nella proprietà. Nel primo caso il chiamato nella proprietà, che si lasciava dal pupillo, fu il zio, ed il zio è il suo unico pupillar sostituto: nel secondo, lo stesso zio, prendendo il luogo della cognata *per vulgarem*, qualora ella si morisse, come avvenne, innanzi il figliuolo, è succeduto per altra via nella proprietà del nipote, ed è anche il suo pupillar sostituto.

Nel primo caso la decisione ha male applicate le leggi, 15, *De auro et argento legato*; 12, *De usufructu earum rerum etc.* ed ogni altra, che interpreti l' usofrutto per proprietà, perchè il fanno in circostanze diverse. Ha in oltre violato il principio della L. 69, *De legatis III*, che vieta la impropriazione delle parole senza necessità; e l'altro, della

(1) *De substitutions prohibées*, *pag.* 127.

(2) *Sirey*, *tom. XIII*, *P. II*, *pag.* 360. *etc.*

la L. 12, *D. De rebus dubiis*, che presume, non essersi dal testatore voluto quello, che la legge proibiva. Nel secondo caso, la decisione ha violato la L. 1, *De vulgari et pupillari*, il principio delle Istituzioni, *De pupillari*, e l' articolo 936 delle Leggi Civili, che danno la definizione della vulgare, avendo confusa colla fedecommessaria la stessa vulgare. E per conseguenza, quantunque la stessa decisione riconosca, potersi fare più gradi di pupillar sostituzione *per vulgarem*, secondo le leggi 13 e 25, *De vulgari et pupillari*; ha violate anche queste, in quanto non ha lor dato luogo nel nostro caso, per avere sconosciuta la vulgare, che dava luogo alla pupillare.

CA-

CAPO IV.

Disamina della terza quistione : Se le leggi pubblicate nel 1809, le quali erano in vigore al tempo della morte del sostituente, avessero offesa la pupillare ordinata nel 1801.

La decisione risolve affermativamente la presente quistione; e facendo eco a tutto il linguaggio de'nostri avversarj, siccome nelle altre, così in questa, oppone, come massimo ostacolo, alla nostra sostituzione la legislazione del Codice Civile, che imperava al tempo della morte del sostituente.

Questa difficoltà si supera per tre vie. La prima è riposta nella dottrina vera, circa la influenza del tempo della morte del sostituente nella sostituzion pupillare; ed anche nel fedecommesso del nostro testatore, se la sua disposizione importi una sostituzion fedecommessaria, non pupillare, siccome la decisione volle nella prima quistione. La seconda consiste nel far vedere, come il Codice Civile nulla abbia di contrario alla pupillare. La terza è, che se alcuna contrarietà abbia mai con tal sostituzione, riguardata nella sua forma nativa, ossia diretta, non l' ha

certamente colla obbliquata, poichè la obbliquazione, che le corrisponde, ne fa un fedecommesso di residuo, il quale non è vietato dal diritto odierno. Le prime due risposte hanno luogo sotto la quistione presente, dove la decisione ha collocate le considerazioni, che lor corrispondono. La terza verrà sotto la quistione, che la Gran Corte fa della obbliquazione; quistione settima ed ultima nell'ordine della decisione, ma che nel nostro sarà quarta, per connetterla meglio colle materie, che più le sono vicine.

Le considerazioni della quistion presente, parte versano sulla importanza del tempo della morte del sostituente; parte sulla pretesa contrarietà del Codice Civile. Noi risponderemo alle une ed alle altre, premettendo così alle prime, come alle seconde, quei principj e quelle notizie, da cui caveremo le risposte.

PRINCIPJ, DA CUI SCORRERANNO LE RISPOSTE ALLE PRIME CONSIDERAZIONI DELLA QUISTIONE PRESENTE, INTORNO ALLA IMPORTANZA DEL TEMPO DELLA MORTE DEL SOSTITUENTE.

S' è da noi ne' precedenti scritti sotto varj rapporti discusso, di qual valore fosse per la nostra causa il tempo della morte del sostituente. Quì ripiglieremo le nostre idee, ponendole tutte e più strettamente insieme, ed illustrandole inoltre con alcune giudiziosissime osservazioni d'un dotto articolo del *Repertorio universale di Giurisprudenza*, sotto la parola, *Regola Catoniana*, dove l'autore spiega magistralmente le cinque ben difficili leggi, che compongon quel titolo nelle Pandette.

Sono tre cose distinte, e da cui dipende in diversi modi la sorte delle disposizioni, capacità di chi dispone; capacità di quello, a cui favor si dispone; legalità della disposizione, o capacità della cosa a venire in disposizione. Forse l'ultima espressione non è propriissima, ma è molto atta a mettere in parallelo le tre idee, che debbon concorrere nella validità di una disposizione.

La capacità di chi dispone è richiesta *indispensabilmente* nel tempo, in cui la disposizione si fa, e spe-

e spesso in *quel tempo solo*. Un testamento è insanabilmente nullo, se sia fatto da chi nel farlo non ne aveva la fazione attiva, avvegnachè appresso gli fosse sopravvenuta. *Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is, qui fecerit testamentum, habuerit testamenti factionem* (1). I testamenti così nulli nel principio, per difetto di capacità nel testatore, *ex postfacto vires nullo modo capiunt; veluti si impubes, aut furiosus, aut filiusfamilias testamentum fecerint, et deinde testamenti factionem habentes decesserint. Hoc testamentum ne jure quidem praetorio sustinetur*. Così il VINNIO, reassumendo molti casi in un solo enunciato (2). Non è maraviglia, che il testamento fatto da un fanciullo o da un furioso (3) non avesse mai a poter valere, perchè di un autore difettuoso di senno. Ma il testamento d'un figliuol di famiglia attempato? il testamento di uno datosi in arrogazione in adul-

(1) *L.* 4, *D. Qui testamenta facere possunt.*

(2) *Ad* §. 6, *Inst. Quibus modis testamenta infirmantur. Num.* 1.

(3) §. 4, *Inst. Quibus non est permissum facere testam.*

adulta età? il testamento fatto da un prigioniero fra nimici? Neppure (1). *Ea neque et postfacto vires capiunt*. Il tempo della formazione della disposizione è decisivo contra loro; quel tempo, che necessita per la consistenza all' atto (2).

La famosa regola Catoniana, denominata da Marco Porzio Catone, figliuolo del Censore, domina senza eccezione in questa parte, dove si tratta della *capacità* del disponente, al *tempo* della *disposizione*. Quel *legato*, ella dice, quel lascito, quella istituzione (poichè il *legare*, come avvertono i dotti, secondo le XII tavole, era il *dar legge* alla sua roba), che sarebbe vizioso ed inutile, se il testatore fosse immantinente trapassato, non valerà mai, per quanto lungo tempo egli sopravviva, e qualunque sia il mutamento delle circostanze, che in questo tempo succeda. *Catoniana regula sic definit: Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum, quandocumque decesserit, non*

(1) *Princ. et §. 5, Inst. Quibus non est permissum.*

(2) *Ut actus constiterit. L. 49, §. 1., D. De hered. instituendis.*

valere (1). Altre leggi ripetono la stessa massima. *Quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio coeperint* (2). *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (3). Ed ecco appieno provata la *indispensabile* necessità dell' abilità del disponente nel *primo tempo*, perchè senza la capacità del testatore nel detto tempo ogni disposizione è inutile.

La capacità del disponente è necessaria anche in un secondo tempo, cioè in quel della morte, ma non sempre, poichè spesso basta quella del *solo* primo. La necessità del secondo tempo non è nella regola Catoniana, la quale è ristretta soltanto al tempo *facti testamenti*, ossia al principio, all' *inizio* delle cosa, come parlano le leggi analoghe testè citate. Ella viene la detta seconda necessità da altri principj, e non è costante. Infatti i testamenti formati dall' uomo sano di mente, dall' uomo udente e parlante, dall' uomo, che aveva la libera amministrazione delle sue cose, dal cittadino, che si trovava in pa-

(1) *L.* 1, *D. De reg. Caton.*
(2) *L.* 201, *D. De R. J.*
(3) *L.* 29, *eod.*

patria, nulla perdevano del loro valore, per essere a' testatori sopravvenuto il furore, la perdita dell' udito e della loquela, la interdizione, la prigionia fra nimici (1). Al contrario però, se sopravveniva l' arrogazione, dandosi un padre di famiglia in adozione (che allora arrogazion si appellava); se la deportazione o la interdizione *aqua et igni*, che faceva perdere la cittadinanza; se la servitù della pena, e moriva il testatore in una di queste *diminuzioni di capo*, ossia di questi cangiamenti di stato; i testamenti prima valevolmente fatti, perdevano il lor valore (2).

Questa varietà fa veder chiaro, quanto meno del primo tempo, cioè di quel della formazione dello atto, sia importante il secondo tempo, cioè quello della morte del testatore; e la ragione viene accennata da Fiorentino e da Giustiniano colà, dove dicono, che il tempo *facti testamenti* si riguarda, *ut constiterit institutio*, ossia il testamento stesso, che consisteva essenzialmente nella istituzione; il tem-

 po

(1) §§. 1, 2, 5, *Inst. Quibus non est permissum facere testamentum.*

(1) §. 6, *Inst. Eod.*

po della morte si riguarda, *ut effectum habeat* (1). Ora a poter dare l'*effetto* al testamento, basta una cosa sola; basta, che il testatore possa avere un erede; basta, che abbia un patrimonio, o più tosto la possibilità di trasmettere de'diritti. Perciò il furore, la perdita dell'udito e della loquela, la interdizione, la prigionia fra nimici niente toglievano al testamento. Ma gli toglieva tutto il vigore qualunque *diminuzione di capo*, poichè anche l'infima, cioè il diventar nuovamente figliuol di famiglia, toglieva il potere avere un erede. Per opposito a dar *la consistenza* all'atto, fan di mestieri due cose, non solo il potere *avere* un erede, ma di più il potersélo *nominare*.

Quindi la parola *capacità* nel testatore altro importa, riferita al tempo della fazione del testamento; altro, riferita al tempo della morte. La sua nozione in ordine al primo tempo è composta della facoltà di *scegliere* e di *avere* un erede; in ordine al secondo, è ristretta al poter solo *avere* un erede. E, bisogna ben guardarci in questa parte dall'equivoco, sul

(1) *L.* 49, §. 1, *D. De hered. instituendis*. §. 4, *Inst. De heredum qualitate et differentia*.

sul quale è fondato gran numero de'sofismi contrarj, come vedremo a suo luogo; equivoco, che nasce dalla cagione sì bene avvertita da ULPIANO: *Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula* (1).

Queste osservazioni premesse a quel, che si scrive nel *Repertorio universale* sulla *Regola Catoniana*, fan vedere più chiaramente, quanto ben vi dica il dotto autore, distinguendo il tempo della morte da quello del fatto testamento: » È proposizion vera, ,, che un legato è atto di ultima volontà; ma ciò ,, non vuol dire, che sia egli la volontà del mo- ,, mento della morte. Infatti egli ha una data certa, ,, ed in quell' epoca sola l' atto si forma. Tutti gli ,, atti susseguenti di volontà espressa, anche tutte le ,, disposizioni di volontà tacita, ratificano la volontà ,, prima, e sembrano prolungarla numericamente e ,, d' una maniera identica per la durata, fino all' istan- ,, te della morte del testatore; il che la fa conside- ,, rare, come ultima. Ma spesso questa denominazio- ,, ne sarebbe impropria, perchè la intenzione, che ,, ha conferita la liberalità, è stata esistente in un solo

 » in-

(1) *L.* 4, *D. De praescriptis verbis.*

,, indivisibil momento; ed il tempo susseguito è men
,, valuto a riprodurla, che a non distruggerla . . .
,, Quanto alla capacità di chi dispone, ella è sempre
,, necessaria nel momento, in cui la volontà di dare
,, si manifesta. Infatti l' uomo testa, l' uomo lega in
,, virtù della legge, che ha rimesso in lui il potere
,, di disporre della fortuna, che alla morte gli scappa
,, di mano. L' atto dell' uomo è dunque surrogato
,, a quel della legge; vale a dire, che in quel mo-
,, mento l' uomo ha l' autorità di dettare una legge;
,, il che esclude ogni incapacità (1) ». E ciò della
capacità di chi dispone.

Non è lo stesso della capacità di colui, in favor di chi si dispone; e similmente della capacità della cosa a venire in disposizione. Queste due altre capacità vanno di pari passo; ed in esse si vuol distinguere fra disposizioui pure e disposizioni condizionali.

Nelle pure le altre due capacità debbono concorrere colla capacità del disponente *ab initio*, dal principio della cosa, ossia dalla formazione dell'atto. La regola Catoniana in questo caso le abbraccia egualmen-

---

(1) *Tom. X*, *pag*. 737 *et* 738. *Parigi*, 1809.

mente. *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum, quandocumque decesserit, non valere.* Or la disposizione è inutile, sia che l'impedimento venga dalla parte di chi fa la disposizione; sia che venga dalla parte di quello, che dovrebbe riceverla; sia che venga dalla parte della cosa. Per la parte di chi dee riceverla: *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ea ex post facto convalescere non potest* (1). Per la parte della cosa, ne abbiamo la decisione nell'esempio della cosa legata dal testatore, quando era propria del legatario; e nell'esempio delle colonne e de' marmi legati, mentre facevan parte d'un edifizio, e non potevano però esserne staccati e lasciati altrui per un senatuconsulto de'tempi di TRAJANO (2). Nulla giovava, quando tai legati fossero puri, che dipoi la cosa venisse alienata dal legatario, e che i marmi venissero per qualunque cagione divelti dall' edifizio, tuttochè in vita dello stesso testatore. *Et si quidem ab initio non consistit*

(1) *L.* 210, *D. De R. J. Adde* VINN. *ad* §. 6, *Inst. Quibus modis testamenta infirmantur. Num.* 1.

(2) *L.* 41, §. 2, *D. De leg. I.*

stit legatum , ex post facto non convalescet . . . . Quia vires ab initio legatum non habuit (1).

Dovendo nella disposizion pura concorrer colla capacità del testatore quella dell' erede , ed insieme la qualità della cosa atta a venire in disposizione; ne viene in conseguenza , che molto più al tempo della morte del testatore bisognava , che fosse e la persona dell'erede capace , e la cosa atta : altrimenti la disposizione non avrebbe avuto l' effetto suo. Il tempo della morte del testatore è il tempo della esecuzione de' suoi voleri , quando le disposizioni son o pure. Quindi in queste per ogni impedimento , che venga o dalla parte di chi debba ricevere , o dalla cosa , che si debba ricevere , l' esecuzione fallisce , l' effetto manca.

Così nelle disposizioni pure ; non così nelle condizionali. *La incapacità di chi riceve per ultima volontà* , *ed il vizio della cosa* , *che si dovrebbe ricevere* , *benchè attualmente esistenti al momento della ultima disposizione* , *possono non render nullo l'atto dell' ultima volontà*. Così il lodato autore dell'articolo testè citato del *Repertorio universale* . Ma quan-

(1) *Ibi.*

quando potrà ciò avvenire, che per tai vizj coevi all' atto ; l'atto non ne riesca nullo ? » Quando (egli ,, soggiunge) il disponente abbia trasferita la sua li- ,, beralità ad un tempo diverso da quello, in cui ,, esercita la facoltà di distribuire il suo patrimonio. ,, Se la scadenza del tempo o della condizione ac- ,, cada ad un' epoca, in cui la disposizione non sof- ,, fera niuno impedimento, debbe ella aver luogo ; ,, poichè a questo tempo il disponente ha trasferito ,, l' effetto della sua volontà, nulla allora si oppone ,, alla esecuzione di quella, e le qualità necessarie vi ,, si scontrano (1).

Bene ha fatto l'illustre giureconsulto a porre ad una stessa scranna per l' analogia, che tra se hanno, gl' impedimenti delle due ultime spezie, così quei, che vengono da chi riceve la disposizione, come quei, che vengono dalla materia della disposizione. Essi han di comune tra loro, che procedono da persone e da cose, le quali, secondo la intenzion della legge, debbono sopravvivere ai disponenti. Perciò, quando il testatore rimette l'effetto della sua disposizione ad un tempo incerto e più lontano della sua morte,

 la

(1) *Pag.* 738.

la legge sollecita di soddisfare alla volontà del defunto, è contenta, che gl' impedimenti anzidetti cessino dopo la morte di lui, purchè si truovino superati al tempo del bisogno.

Ma le ragioni sono soverchie, dove il diritto è positivo ed è chiaro. Abbiamo pocanzi visto l'accordo, che pone la legge nelle disposizioni pure, tra gl'impedimenti, che vengono dalla parte dell' erede o del legatario, e quelli, che vengono dalla cosa legata. È anche testuale il loro accordo al contrario senso nelle condizionali.

Quanto agl' impedimenti, che vengono dalla cosa, il legare la cosa propria del legatario è vano, ma può legarglisi nel caso, che non sia più sua. *Heredem meum ita tibi obligare possum, ut si quandoque ego moriar, tuus servus Sticus non erit, dare eum tibi damnas sit* (1). Legare i marmi uniti ad un edifizio era inutil cosa; ma utile, sotto condizione, potendo avvenire, che all'evento della condizione si ritrovassero distaccati. *Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si exsistentis conditionis tempore . . . . aedibus juncta (marmora) non sint* (2). Quan-

(1) *L.* 18, *D. De leg. II.*
(2) *L.* 41, §. 2, *De leg. II.*

Quanto agl' impedimenti, che fanno incapaci gli eredi: *Medio autem tempore inter factum testamentum, et mortem testatoris vel conditionem institutionis exsistentem, mutatio juris non nocet* (1). Quì FIORENTINO suppone l' abilità dell' erede anche nel primo tempo, in quello cioè della formazione del testamento; e pone il secondo tempo, per le istituzioni pure, nella morte del testatore, altrimenti la istituzione non avrebbe il suo effetto, avendolo la pura alla morte del disponente; per le condizionali, lo pone nell'evento della condizione. Similmente CELSO parlando del tempo, in cui l'erede debba trovarsi cittadino romano, scrive: *Aut si sub conditione heres institutus sit, quo tempore conditio exsistit* (2). Sulla eccezion della condizione sono fondati i seguenti responsi: *Illi quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo. Utique tunc, cum capere poterit, videtur relictum.* Così ULPIANO (3). *In tempus capiendae hereditatis heredem institui posse, benevo-*

(1) *L.* 49, §. 1, *D. De hered. inst.*
(2) *L.* 39, §. 4, *De hered inst.*
(3) *L.* 51, *D. De legat. II.*

volentiae est, *veluti*: *Lucius Titius*, *cum capere possit*, *heres esto*. Così MODESTINO (1).

In tutta questa parte delle disposizioni condizionali la Catoniana dunque si tace. Sia come si voglia vizioso il lor principio, egli non nuoce. *Placet Catonis regulam ad institutiones conditionales non pertinere* (2). E più generalmente altrove lo stesso ULPIANO, di cui anche sono le già dette parole: *Ad conditionalia Catoniana non pertinet* (3).

Oltre quel, che ne abbiamo veduto nel *Repertorio universale di Giurisprudenza*, condotto per mano del Sig. MERLIN dall' antico diritto al nuovo, il Gran Cancellier d' AGUESSEAU (4), ed ultimamente il Signor TOULLIER (5), per tacere di altri, ci fan sapere, che questo è stato sempre ed è tut-

(1) *L.* 62, *De hered. instituendis.*

(2) *L.* 4, *D. De regula Caton.*

(3) *L.* 41, §. 1, *D. De leg. II.*

(4) *Plaidoyer LIII. Oeuvres*, *tom. IV. Paris* 1764, *pag.* 372 *et* 373.

(5) *Droit Civil Français. Liv. III*, *tit. II*, *num.* 91. *Tom. V*, *pag.* 99. *Paris* 1821.

tuttavia il diritto francese, quel dritto, da cui procede la nostra odierna legislazione. Noi abbiamo in un altro scritto recate a lungo le parole del Gran Cancelliere: ne trascriveremo quì le poche essenziali. *Il legislatore non dee bramar la capacità, se non al momento, in cui può ella esser necessaria all' erede o al legatario, cioè a dire al tempo, in cui l'evento della condizione dee porlo in possesso del legato o della eredità.* Così l' insigne d' AGUESSEAU. Il TOULLIER dopo espostoci l' antico diritto, soggiugne, che il Codice Civile non l' ha variato; e conchiude: *Il sol tempo da considerarsi è dunque quello, in cui si acquisti il diritto, cioè a dire l'epoca dell' evento della condizione, donde dipende l'effetto della disposizione, senz' esser necessario che il legatario* (*) *sotto condizione sia capace al tempo della morte del testatore.*

A buon conto il tempo dell' effetto è il dominante; e questa teoria è sì fondata in ragione, che dalla materia delle ultime volontà, nella quale noi ci dobbiamo fermare, si è distesa eziandio a'contratti. In

(*) Legatario oggi si confonde con erede.

In pruova ci basterà citare fra gli altri i due Gotofredi (1), il Brunemanno (2), il Tuldeno (3), i quali dimostrano, chi più e chi meno a lungo, quel, che la Chiosa aveva insegnato in tre parole, come regola generalissima: *Actus judicatur validus vel invalidus, juxta tempus, in quod ejus effectus confertur* (4).

Ritornando alla nostra materia, nelle disposizioni condizionali basta, che al tempo della disposizione si abbia l' abilità del solo disponente. L' abilità della persona a ricevere la disposizione, e l' abilità della cosa a venire in disposizione, basta, che si verifichino all' evento della condizione, ch' è il tempo dell' effetto. Gl' impedimenti, che possono esservi stati o dalla parte della persona contemplata, o dalla parte della cosa, al tempo della morte del testatore, non

---

(1) Dionigi, il padre, alla L. 4, *C. De donationibus ante nuptias*. Giacomo, il figliuolo, alla L. 20, *D. De R. J.* nel suo trattato famoso su questo titolo.

(2) *Ad dict. L.* 4.

(3) *Jurisprud. extemporal. Cap. XVIII.*

(4) *Ad L.* 62, *D. De hered. instituendis.*

non si tengono in alcun conto; perchè il tempo della morte del disponente si calcola soltanto per l' effetto del testamento (*ut testamentum effectum habeat*). Or nelle condizionali disposizioni l' effetto è al tempo della condizione. In fine se la capacità della persona, in cui favor si dispone, e se l'attitudine della cosa, in che consiste la disposizione, non si misurano dal tempo della formazione della disposizion condizionale, ch'è il tempo principale, il quale dà la consistenza all'atto (*ut actus constiterit*); sarebbe fuor di ragione, che si dovesse misurare dal tempo della morte del disponente, ch'è un tempo secondario, il quale per riguardo allo stesso disponente, neppur si calcola, quando non influisca nell' effetto.

L' applicazione degli esposti principj è facilissima. Qual'è mai il carattere della disposizione del Marchese D. Ferdinando? La decisione l'ha caratterizzata nella prima quistione per fedecommessaria, benchè appresso lo abbia dimenticato. Il Marchese D. Niccola la dice sostituzion pupillare. Sia l'una cosa, sia l'altra; dopo la spiegata teoria, tutto è indifferente pel nostro interesse.

Sia dunque un fedecommesso, ma è condizionale, perchè dipendente dalla condizione della morte del pu-

pupillo in età pupillare. Questa condizione si è verificata sotto le attuali Leggi Civili, le quali all' articolo 945 permettono al padre di sostituire al figliuolo fino all' età di anni diciotto finiti. La sostituzione del citato articolo suppongasi per ora tale, quale la decisione, facendo eco alla parte avversa, la vuole, cioè fedecommessaria. Noi ne ricercheremo la natura, quando la decisione stessa verrà a trattarne; e faremo ivi vedere due cose; 1. che non sia fedecommessaria, ma pupillare; 2. che ancorchè fedecommessaria, basti a ravvivare la nostra pupillare. Preghiamo soltanto, che quì per semplice ipotesi ci si ammetta la seconda cosa, ch' è la menoma, onde poter progredire nel nostro ragionamento.

Che il fedecommesso condizionale basti trovarsi permesso al tempo della sua verificata condizione, è conseguenza innegabile della testè spiegata teoria. *Le istituzioni, i legati, i fedecommessi condizionali, benchè viziosi, se fossero puri e semplici, possono avere un' esistenza, se vi si è apposto un tempo o una condizione.* Così il dotto spositore della regola Catoniana nel *Repertorio universale* (1). Ed al-

(1) *Tom. X, pag.* 738, *col.* 1, *in fin. Parigi*, 1809.

all' opposto : *Quando una volta una istituzione , un legato , un fedecommesso sono viziosi , e queste disposizioni son fatte puramente e senza condizione , il corso del tempo non le purga dal vizio , di cui sono prese* (1).

Lo stesso autore estende questa dottrina anche a' fedecommessi universali non condizionali , per la ragione , che la regola Catoniana non si applica a qnelle liberalità , le quali non sono dovute , se non dopo la eredità adita (2). E perchè il fedecommesso universale , ossia *la fedecommessaria eredità non si dee prima , che la eredità fosse adita ,* son parole del lodato giureconsulto ; *della validità di tal fedecommesso non si può giudicare* , secondo le circostanze del tempo del testamento o della morte del testatore. E sostiene egli in ciò la dottrina della Chiosa , ossia di Accursio , che dice adottata in Francia (3). Ma la nostra causa non ha bisogno di tanto, perciocchè se fedecommessaria è la disposizione de Marchese di Ducenta , oltre l'essere universale, è senza

(1) Ivi , poco prima.

(2) *L.* 3 , *D. De reg. Cat.*

(3) *Ibid. Pag.* 740 , *col.* 2 , *et* 741 , *col.* 1.

za dubbio condizionale, dipendendo tal fedecommesso dalla morte del figliuolo fra gli anni pupillari. E riguardata come condizionale, ha eziandio più del bisogno. Imperciocchè nelle disposizioni di questa fatta, vedemmo esser necessaria nel principio, ossia nella formazione dell' atto, la capacità del solo disponente; ma la capacità del contemplato nella disposizione, e la capacità della cosa a venire in disposizione, è sempre bastato, che si trovassero verificate nell' evento della condizione. Nel nostro caso abbiamo le due capacità ultime al tempo della verificata condizione; e le abbiamo per un soprappiù al tempo dell' atto, oltre la sola allor necessaria del disponente. Noi parliamo sempre nella ipotesi, che il Codice Civile fosse contrario alla sostituzion pupillare.

Ma la nostra sostituzione non è fedecommessaria, è pupillare (ed eccoci ad una seconda applicazione della stessa dottrina). Or dimandiamo, se cotal sostituzione sia disposizione del padre, o pur disposizion del figliuolo? testamento del padre, o testamento del figliuolo? Dall' una di queste due cose non si può uscire. Si potrà rispondere co' Sabiniani, che sia testamento del padre, e co' Proculiani, che il sia del fi-

figliuolo; ma con nessuno, che nol sia di nessun dei due. Se la pupillare è disposizione del padre, è condizionale; e quindi ci bastano la capacità del disponente nel principio, e le altre due capacità nel tempo della condizione. S'ella è disposizion del figliuolo, siamo in una istituzion pura, scevera di condizione; e dalla circostanza infuori, che il padre ha testato pel figlio, avremo un testamento, dove tutto è secondo le regole, così al tempo della sua formazione, come a quello dell' aperta successione; testatore capace, erede capace egualmente, e testamento pupillare permesso, in ambi i tempi. La supposta mutazione intermedia del diritto fra' detti due estremi non nuoce. *Solemus dicere media tempora non nocere.* Così ULPIANO (1). *Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel conditionem institutionis exsistentem, mutatio juris non nocet.* Così FIORENTINO, copiato da TRIBONIANO (2). Regola restata pienamente in piedi, e passata nella moderna giurisprudenza, testimoni i Signori MER-LIN

(1) *L.* 6, *D. De hered. instituendis.*

(2) *L.* 49, §. 1, *D. De hered. instituendis.* §. 4, *Inst. De heredum qualitate et diff.*

LIN (1), CHABOT de L'ALLIER (2), PAILLET ec. (3).

De' due membri del nostro dilemma l'uno ha per se la teoria delle istituzioni condizionali; l'altro, il principio del *media tempora non nocere*. Un bellissimo testo di PAOLO, variamente spiegato dagl'interpreti, conferma a maraviglia le suddette due parti. Un padre diede per pupillar sostituto al figliuolo quello stesso, che aveva scritto a se erede. Alla morte del padre il sostituto si era trovato incapace a succedere; ma era capace a quella del figliuolo. Dubitossi, se la incapacità, che lo aveva escluso dalla eredità del sostituente, dovesse anche escluderlo da quella del figliuolo, cui era stato sostituito. Il giureconsulto, distinguendo i due tempi, rispose, che per la sostituzione bastava la capacità del secondo tempo. *Si is, qui heres institutus est, filio substitutus sit,*

NIHIL

---

(1) *Presso* CHABOT DE L'ALLIER, *Questions transitoires*, *V. Testament. Pag.* 425 — 431. *Paris.* 1819.

(2) *Ibidem. V. Substitutions*, §. 1, *in fin. Pag.* 370.

(3) *Manuel de droit français. Paris*, 1819, *pag.* 182.

NIHIL OBERIT EI IN SUBSTITUTIONE , SI TUNC CAPERE POSSET , CUM FILIUS DECESSIT. E per contrario , se capace alla morte del sostituente, si fosse trovato incapace alla morte del figliuolo , *potest poenas in testamento pupilli pati , licet in patris passus non sit* (1). Ecco, per notarlo quì di passaggio, i due testamenti del padre e del pupillo.

Ma stando al proposito, DIONIGI GOTOFREDO spiega così la decisione di PAOLO. *Cur? Pupillaris substitutio conditionalis est.* L. 1 , *sup. In dispositione autem conditionali inspicitur tempus exsistentis conditionis. Capacitas substituti spectatur tempore cedentis conditionis* (2). Quì visibilmente il dotto interprete riporta tutta la disposizione al padre , poichè la pupillare è condizionale , per rispetto al padre ed al testamento paterno. Il POTHIER d' altra parte sembra riportarla più tosto al figliuolo , a cui nome il padre testa , poichè non ricorre al principio della condizione , ma semplicemente a quello della eredità , che si deferisce. *Qui per leges caducarias hereditatem , ex qua instituuntur , capere non possunt* ,

(1) *L.* 11 , *D. De vulg. et pupill. subst.*
(2) *Ad dict. L.*

sunt, ii nec possunt capere hereditatem impuberis. An autem talis fuerit, tempore delatae substitutionis pupillaris inspicitur (1). La Glossa dice: *Capacitas substituti consideratur secundum tempus, in quo cedit dies substitutionis* (2).

Or se coll' abilità di chi è nominato a succedere va di pari passo, come si è visto, la idoneità della disposizione; il testo, che restringe la capacità del sostituto alla morte del pupillo, serve egualmente a decidere, che basti nel tempo, che il pupillo si muoja, il favore del diritto per la sostituzion pupillare.

Dalle cose dette di sopra è chiaro, quanto invano si dica, che l' allegato testo, parlando della incapacità del sostituto, non sia confacevole alla causa, la quale versa sulla incapacità del sostituente, o al più sul divieto della sostituzione. Della legalità della disposizione abbiam veduto, come basta, ch' ella vada di pari passo colla capacità del contemplato. Veggiamo, se ci si possa opporre incapacità del disponente.

In

(1) *Pandect. Justinian. De vulg. et pup. Num.* XLV.

(2) *Ad dict. L.*

In primo luogo, si tratti pure d' incapacità del sostituente; ma questa avrebbe renduta nulla la sostituzione, se fosse stata, quando il testamento fu fatto. Il nostro testatore era pienamente capace, quando il testamento fu fatto, anche nel senso di potere pupillarmente sostituire; perchè il 1801 regnava il diritto romano.

In secondo luogo, prescindendo dalle teorie più generali, nella nostra materia propriamente della sostituzion pupillare, abbiamo la decision testuale della incapacità del padre al tempo della morte, che non offende la sostituzione da lui validamente fatta, quando egli era capace. Se un padre, dopo testato in patria, e sostituito ivi pupillarmente, moriva prigione presso nemici, la sostituzione restava salda. *Substitutio suas vires necessario tenet* (1). Ma se la scriveva tra' nemici, il faceva indarno. E la legge Cornelia, la quale fingeva morto il testatore al momento della presura, per salvargli il testamento fatto, non gli faceva valere tal finzione per dar vigore ad un testamento nuovo, che prigioniero facesse. In

(1) *L.* 10, *D. De captivis; L.* 28 *et* 29, *D. De vulg. et pupill.*

In terzo luogo, come si qualifica di personale un impedimento, che viene dalla cosa e non dalle persone? Quel, ch'è proibito per se stesso, *sine respectu ad certas personas*, forma vizio di cosa, non incapacità di persona. Più. Se il divieto della pupillare facesse incapacità in chi dispone, la farebbe del pari nel contemplato dal disponente, essendo tanto vietato al disponente l'ordinarla, quando al sostituto il riceverla. Infine incapacità personale si dice, quando ad alcuno non sia lecito quel, che agli altri comunemente lo sia. *Incapax, qui capere non potest, quod capi jure communi potest* (1). Or se la pupillare era proibita, lo era per tutti. Dunque nella nostra materia non è incapacità di persona quello, che fa il dubbio; ma il supposto divieto della cosa.

Riepilogando quindi il trattato argomento, se la disposizione della pupillar sostituzione si riferisca al padre, ci menerà, siccome condizionale, al tempo della verificata condizione, ch'è quello della morte del pupillo. Se si riferisca al pupillo stesso, come suo testamento, il tempo parimente della sua morte sarà quello, che dee decidere della cosa.

Pre-

(1) *Hotomanus ad Inst. tit. De heredum qualitate et differentia*, §. 4.

Presentiamo la medesima verità sotto un altro aspetto. Erasi dubitato nell'antichissima giurisprudenza, se la sostituzion pupillare fosse un secondo testamento, o lo stesso del padre. Giustiniano nelle *Istituzioni* disse: *Duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii. At certe unum duarum caussarum, sive duarum hereditatum* (1). Non sarà discaro il vedere, sebbene in un tratto anzi lunghetto, che no, come un gran maestro discuta tal quistione, e come ne concilii le discrepanze, riducendole a quella, ch'è dottrina comune di tutti gli antichi. *Dicitur haec substitutio testamentum pupilli seu pupillare (L. 2, §. Quisquis, §. Interdum), et recte, ut in qua pupillo instituitur heres, non patri, ut initio hujus generis exposuimus. Eodem sensu dictae tabulae pupillares (L. Si mater, De vulg.), nam in usu juris testamentum tabulas vocamus (L. 1, D. De bonor. possess. secund. tabulas). Dicuntur et secundae tabulae ex eo ordine, quem in testamento patris et filii faciendo servandum esse diximus (D. L. 2, §. Quisquis, §. Prius; L. Sed si plures, §. Si ex asse, D. De vulg.). Quod si haec*

(1) §. 2, *De pupill. subst.*

haec substitutio est testamentum filii, et ut valeat, praecedere debet testamentum patris, apparet in substitutione pupillari recte ordinata, duo testamenta esse, unum patris, alterum filii: et ita passim haec distinguuntur. Et tamen rursum hic dicitur, unum esse testamentum patris, cujus pars sit testamentum pupillare (§. Igitur, §. Liberis, Inst. De pupill.). Recte utrumque. Duo sunt testamenta, si hereditates et institutiones heredum spectemus. In testamento namque patris, de hereditate et bonis patris agitur, et huic soli instituitur heres. In substitutione pupillari agitur de bonis impuberis, et ipsis ac pupillo heres instituitur (Inst. De pupill. subst. Vers. Quo casu. L. Sed et si plures, §. Ad substitutos, D. De vulg.). Neque id aliter habetur, quam si ipse pupillus sibi heredem instituisset (Dict. §. Igitur, Inst. De pupill.). Testamenta autem distinguuntur heredum institutionibus; ut cui heres instituitur, ejus quoque sit et testamentum, ut initio dixi. Unum testamentum est, si spectemus eum, qui facit et id, quod fit principaliter. Nam solus est, qui testamentum facit, pater; et hujus testamentum est testamentum principale, cujus nihil, nisi accessio est testamentum pupillare. Idque ex eo satis intelligitur, quod, ut testamentum pupillare recte fiat, non ne-

necesse est, nova solemnia adhiberi; sed ut in parte testamenti paterni, solius hujus testamenti solemnia sufficiunt (L. Patris, D. De vulg.). Sic testamentum patris principale dicitur (in L. 2, princ. illic, Nam si principale, De vulg.). Sic pupillare pars et sequela paterni (in dict. §. Liberis, Inst. De pupill.). Hinc factum, ut in hac substitutione testamentum patris dicatur duplex. Ideo enim duplex, quia duo testamenta continet, paternum, quod proprie ita dicitur; et pupillare, quod paterni pars est. Ut in illa sententia veterum: In duplicibus testamentis unum patrimonium patris spectari, et omnia legata, tam quae in primis, quam quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribui, ut ex ratione patrimonii paterni intra dodrantem praestentur (L. In duplicibus, D. Ad L. Falcid.). Ubi apparet, duplicia testamenta dici parentum, quae adjunctam habent substitutionem pupillarem.

Dopo discussasi così accuratamente dal sommo uomo la cosa nell' uno e nell'altro senso, conchiude insegnando, quale uso si debba fare delle vicendevoli ragioni, e quale sia il loro effetto reale. *Neque vero ad rationem tantum verborum explicandam utile est intelligi, duo hic esse et dici testamenta, et rursum unum, quod sit duplex; sed in primis ad rem et cer-*

certos effectus juris pertinet. Huc enim spectat, et ita acceptum est a veteribus, ut, PROUT EXPEDIT AUT NOCET TABULIS PUPILLARIBUS, MODO HAE HABEANTUR PRO TESTAMENTO PATRIS, MODO PRO TESTAMENTO IMPUBERIS, POSTQUAM PRO UTROQUE ACCIPI POSSUNT, DIVERSIS RATIONIBUS. *L.* 41, *D. De adquirenda vel omittendu hereditate* (1). Questa legge impone, che si favorisca la pupillare; e dichiara, che *impugnat utilitatem pupilli*, chi ne fa difficile la esecuzione.

Or prendiamo da tutto il quistionabile così esposto i punti fermi ed immobili, che sono non men di tre. 1. Le eredità sono due. *At certe unum testamentum duarum hereditatum.* 2. Standosi a questo rispetto, i testamenti sono anche due. *Duo sunt testamenta, si hereditates et institutiones spectemus.* 3. Anche l'unico, ma doppio testamento si attribuisce ora al padre, ora al figliuolo, secondochè meglio giovi alla sostituzion pupillare; *prout expedit aut nocet pupillaribus tabulis.* Per questa ragione dice graziosamente la Chiosa, che la pupillare *muta mantello*, VERTIT PALLIUM, presentandosi secondo il suo

---

(1) *Donell. Commentar. jur. civ. Lib. VI, cap. XXV, num. XXVII in fin. XXVIII et XXIX.*

suo uopo, ora sotto la divisa del padre, or del figliuolo (1). In questa parte certa della dottrina abbiamo una gran latitudine per fondarci il ragionamento, che siegue.

1. In ogni testamento ed in ogni eredità una sola è la morte, che si riguarda, quella del testatore, ossia quella di colui, di cui si deferisce la eredità. Trattasi di quella morte, che apre la strada all' effetto del testamento, *ut testamentum effectum habeat* (2). Or qual morte apre la eredità pupillare, quella del padre o del pupillo?

2. Il diritto fa dipendere espressamente dal tempo della morte del pupillo l' effetto delle tavole pupillari, e per la capacità di lui ad avere un erede, e per la capacità dell'erede ad esserlo. Della capacità dell' erede il vedemmo testè nella *L.* 11, *D. De vulg. et pupill. subst. Nihil oberit ei* (*heredi*) *in substitutione, si tunc capere posset, cum filius decessit. Contra quoque potest poenas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit.* In quanto alla

(1) *Adde* AULISIUM, *De vulg. et pupill. subst. Quaest. II.*

(2) *L.* 49, §. 1, *D. De hered. instituendis.*

alla capacità del pupillo, come testatore, è bellissima la legge 40 dello stesso titolo, la qual è di PAPINIANO. Datosi in arrogazione un pupillo, a cui il padre naturale aveva nominato un pupillar sostituto, e mortosi egli impubere sotto l'arrogatore, non altrimenti i suoi beni andarono al sostituto, che per effetto della cauzione, che si dava dall'arrogatore, di restituire i beni dell'impubere a chi toccassero per diritto, come se arrogazione non vi fosse stata, qualora il fanciullo morisse impubere. *Adrogatione enim jus pupillaris substitutionis perimitur* (1). Infatti tornando il pupillo figliuol di famiglia, perdeva la capacità di avere un erede.

3. Che il tempo della morte del pupillo decida, è chiaro da un'altra ragione. Rammentisi, che altra è la capacità nel far testamento, altra è la capacità nel morire. Nel far testamento bisogna potere *avere* un erede, e potere *scegliere* un erede. Nella morte basta soltanto il potere *avere* un erede. Ora se il sostituto è l'erede del pupillo, non del padre, il potere il pupillo aver l'erede dipende dal tempo della mor-

(1) *CUJAC. Tom. IV, col.* 852, *Litt. C, D, E. Editt. neapp.*

morte dello stesso pupillo, non di quella del padre. Il potere sceglier l'erede, il che si richiede nel farsi il testamento, mena alla capacità del padre nel detto tempo. Il poterlo avere mena alla capacità del figliuolo nel tempo della morte del figliuolo. Nel testamento pupillare il padre vi pone la capacità di sceglier l'erede, il figliuolo la capacità di averlo; il padre il senno e la mano, il patrimonio il figliuolo. Il padre vi si adopera a buon conto, come un procuratore anomalo del figliuolo.

4. Se considerata la cosa per tutte le vie, la morte del pupillo entra necessariamente nel calcolo de' tempi, per la validità della pupillare, il volervi anche comprendere quella del padre sarebbe contra la regola generale, che in tutti i testamenti una sola morte fa calcolare; ed accrescerebbe le difficoltà della pupillare, contra i particolari principj, che la favoriscono. Se il pupillo di sua mano avesse potuto fare e fatto il testamento, si calcolerebbe altra morte, che la sua? Ora abbiam veduto, che la pupillare si ha *modo pro testamento patris*, *modo pro testamento impuberis*, *prout expedit aut nocet tabulis pupillaribus*. La morte del padre *apud hostes*, che abbia in patria sostituito pupillarmente al figliuolo; morte, che di nulla offende la sostituzione, tuttochè accom-

pagnata dalla incapacità di farne una nuova, conferma la nostra tesi.

5. Infine il tempo della morte del padre influisce nel testamento pupillare, ma indirettamente e fino a certo segno, cioè in quanto fa valido il testamento principale, senza il quale il pupillare non regge. Due sono le eredità, che si aprono, quella del padre, e quella del figliuolo, ma in tempi diversi. Per la prima va calcolata la morte del padre; ma trovato valido il testamento, che riguarda la sua eredità, il resto, che riguarda la eredità del figliuolo, dipende non più dalla morte del padre, ma del pupillo. E siccome *mutatio juris non nocet* al testamento principale, s' ella succeda nel medio tempo fra 'l testamento fatto e la morte del padre; del pari *mutatio juris non nocet* al testamento pupillare, s' ella siegua fra 'l tempo del testamento fatto, ch' è unico pel padre e pel figliuolo, e 'l tempo della morte del figliuolo.

Ed ecco per tre vie allontanata la contrarietà, che tuttavia supponghiamo, del Codice Civile alla pupillar sostituzione; o che nella nostra causa non si tratti di tal sostituzione, ma di fedecommessaria, come ha detto una volta la decisione, poichè sarebbe fedecommessaria condizionale; o che la pupillar so-

sostituzione si consideri come disposizione e testamento del padre; o che secondo il vero, si consideri come disposizion del figliuolo.

Veggiamo ora, come abbia ragionato in questa parte la decisione, per far piombare sulla nostra causa la pretesa contrarietà del Codice Civile.

Considerazioni della G. C. Civile.

I. *Attesochè negli atti di ultima volontà, la capacità del testatore debbe di necessità verificarsi in due tempi, in quello del fatto testamento e della morte del testatore; il primo tempo essendo necessario per conoscere, se l' atto regger possa nel suo principio, e l' altro, per determinare, se il testatore ha persistito nella sua volontà, e se al momento, in cui questa addiviene irrevocabile e ferma, poteva egli disporre, come dispose.*

Osservazioni sulle trascritte considerazioni.

1. Errore, che la capacità del testatore si debba *necessariamente* verificare in due tempi, in quel del fatto testamento e in quel della morte. La de-

menza, la perdita della loquela e dell' udito, la interdizione, la prigionia *apud hostes* fanno incapacità; e nondimeno sopravvenendo al testamento prima fatto, di nulla l' offendono (1).

2. Errore, che la capacità del secondo tempo serva a *determinare, se il testatore abbia persistito nella sua volontà*. Ultima volontà non vuol dire (come vedemmo nel *Repertorio universale*) la volontà del momento della morte. *Ell' ha una data certa, ed a quella data sola l' atto si forma . . . Spesso questa denominazione* (di ultima volontà) *è impropria, poichè la intenzione, che ha conferito la liberalità, ha esistito per un solo indivisibil momento; ed il tempo seguente non tanto è servito a riprodurla, quanto a non distruggerla* (2). Infatti come mai si verificherebbe la perseveranza della volontà nel mentecatto, nel prodigo, nel privato di loquela e di udito, nel prigioniero di guerra? Anzi i tre ultimi, i quali sono nel caso di formare una volontà, la formerebbero invano contra un primo testa-

(1) È stato dimostrato di sopra.

(2) *Regle Catonienne, pag. 737, col. 2, in fin. Paris*, 1809.

stamento fatto bene, cioè quando il potevano. La capacità al tempo della morte serve solo (dice la legge), *ut testamentum effectum habeat*. E poichè a dar l'effetto ad un testamento già fatto non altro fa d'uopo, che il morire del testatore in istato da avere un erede, perciò la sola *diminuzione di capo* è quella, che sopravvenendo al testamento, e persistendo insino alla morte del testatore, rende irrito il testamento.

Seguito delle considerazioni.

II. *Attesochè siffatti principj cardinali della legislazione non variano nel caso della sostituzione pupillare, poichè, sebbene il sostituente disponga di due eredità, della sua e di quella del figlio, da una sola volontà son tutte e due regolate. Quindi ben si disse da' romani giureconsulti, e si confermò pure da Giustiniano nelle sue* Istituzioni, *che nel caso della sostituzion pupillare, non due, ma un solo testamento si riconosca; e che le tavole pupillari sien parte, sequela ed appendice del testamento paterno. Altronde, potendo il sostituente, finchè non muoja, o cangiare il nome del sostituito, o tutt' affatto annientare le tavole pupillari, è indubi-*

bitato, che queste solo alla morte del sostituente, acquistar possono la loro fermezza, e divenire irrevocabili: e quindi il testamento del figliuolo, come parte della volontà paterna, non può, in quanto alla sua validità, esser regolato da altre leggi, che da quelle in vigore al tempo, in cui la vita del vero autor dell' atto, cioè del padre, si estingue.

OSSERVAZIONI.

I. GIUSTINIANO non ha detto, che unico sia il testamento, il quale contiene la pupillare. *Sunt quodammodo duo testamenta, alterum patris, alterum filii. At certe unum, sed duarum caussarum, sive duarum hereditatum.* Questo è il linguaggio di chi non vuol prender partito in una quistione (e la quistione era tra' *Proculiani* e i *Sabiniani* circa l'uno o i due testamenti); ma ponendo da parte il dubbio, l'Imperadore si ferma al certo (ed il certo era, che fossero le eredità due). Si vegga il nostro dotto AULISIO (1). Ora qual sia la regola da tenersi nel primo punto, ossia nel dubbio, l'abbiamo dalla dottrina pocanzi re-

(1) *De vulg. et pupill. Quaest. I, pag.* 208.

recata del DONELLO. Quello poi, che basta al nostro uopo, è la parte più certa di tutta la dottrina della sostituzion pupillare, poichè se due sono le eredità, le due morti si debbono riferire ciascuna alla eredità, che per essa si apre.

2. Non è vero, che la morte del sostituente, senza cangiamento di volontà, basti alla fermezza del pupillar testamento. Abbiamo testè veduto, colla scorta della L. 40, *D. De vulgari et pupillari*, che l'arrogazione, in cui si dava il pupillo, *perimebat jus pupillaris substitutionis*, secondo la frase del CUJACIO (1). Dunque la sorte della detta sostituzione dipendeva anche dalla volontà del pupillo. L'arrogazione infatti era un atto volontario del pupillo.

3. Sia per ipotesi, che la volontà del sostituente basti alla fermezza della pupillare, se perseveri fino alla morte di lui. Cotal perseveranza non l'abbiam noi nella nostra causa fino alla morte di D. Ferdinando Folgori? Non morì egli nel pieno godimento di tutte le sue facoltà e naturali e civili, come le aveva sempre godute; e senza lasciare altro testamento, che il solo del 1801? Dunque il mischiar la vo-

(1) Sopra, pag. 92.

volontà dell' uomo nella nostra quistione, è alieno dal diritto, e non giova alla parte avversa nel fatto. La nostra quistione dipende dalla volontà della legge, la quale si suppon contraria alla pupillar sostituzione, nel tempo della morte del sostituente: ma non essendo questo il tempo dell' effetto della sostituzione, sì fatta contrarietà sarebbe innocente, perchè cessata al tempo dell' evento della sostituzione.

Seguito delle considerazioni.

III. *Attesochè le leggi del 1810, sotto l' impero delle quali il sostituente cessò di vivere, rendevano il padre assolutamente incapace di testare pel figlio: quindi annullaron per sempre l' obbligo imposto a D. Salvatore Folgori di aver per erede colui, che per difetto di età non era capace di eleggerlo.*

Osservazioni.

1. Il ricorrere alla legge del 1810 non è fuori della quistione, ma è fuori di quel, che giovi agli eredi legittimi. La legge del 1810 sia stata pure contraria alla pupillar sostituzione, ma non formava inca-

capacità nella persona del sostituente; poteva formare divieto della cosa, poichè la proibizione di quella legge *non erat ratione personae*, *sed ratione rei*. Era dunque un impedimento reale, ma per buona ventura divenne inefficace, dacchè l' effetto della sostituzione non venne a scadere sotto quella legge; è venuto a scadere dopo passata quella legge, sotto una novella e più propizia legislazione. Fu impedimento, che sorse e svanì nel tempo medio, durante il quale, *mutatio juris non nocet* (1).

2. È quindi evidente, che non regge la conseguenza dell' essere *per sempre* rimaso *annullato l'obbligo imposto a D. Salvadore Folgori di avere per erede* l' erede sceltogli dal padre. Nella supposizione della contrarietà del Cod. Civile, per avere l'annullamento perpetuo della sostituzione, sarebbe stata necessaria la morte del pupillo sotto il Codice stesso. Ma sopravvennto il Codice novissimo, l' effetto della legge nuova si risolve in una sospensione cessata in tempo. Non ha poi niuna proprietà legale il chiamare *obbligo* del pupillo il dovere avere per erede il disegnatogli dal padre; l' obbligo si dice delle cose

(1) *L.* 49, §. 1, *D. De hered. instit.*

se onerose; le utili costituiscono diritto, non obbligo. Sarebbe obbligo nel pupillo l'avere l'erede nominatogli dal padre, se potesse egli senza l'atto paterno, nominarsene un altro.

3. Passa la decisione a voler dimostrare contrario il Codice Civile alla sostituzion pupillare; e colla confutazione, che noi soggiugneremo, uscirem dalla via delle risposte ipotetiche, e prenderemo quella delle risposte positive.

Avvertasi intanto, come le scorse considerazioni prendon di mira soltanto la sostituzion pupillare, ma lasciano intatto il fedecommesso condizionale, che la decisione ha ravvisato nel testamento di D. Ferdinando Folgori. Se ivi è un fedecommesso condizionale, non una sostituzion pupillare; bisognava far vedere, come la condizione non bastò a salvarlo dal divieto intermedio del Codice Civile. La decisione non tocca questo punto, e nulla ha che dirne in contrario. E poichè bastava il condizional fedecommesso a far salvo l'effetto voluto dall'attore, doveva la G. C. aggiudicargli il suddetto effetto, almeno per questa via, essendo ora tutte le azioni *in factum*. Oltrechè in conclusioni motivate e significate nel Tribunale Civile, il Marchese D. Niccola aveva domandato il suo intento per tutte le vie di diritto, che pa-

paressero opportune a' giudici. Per la qual cosa noi ora procediamo contra la decisione e colle armi nostre e colle sue. È fedecommesso, che si truova nel testamento di D. Ferdinando, o è sostituzion pupillare? Se fedecommesso, è condizionale, verificato dopo temperatosi il divieto generale del Codice Civile, e dopo permessisi dalle Leggi Civili, secondo la decisione, i fedecommessi da padre a figlio, fino agli anni diciotto compiuti. Se sostituzion pupillare, siamo nel caso di una eredità pupillare aperta, dopo la stessa legge nuova, che permette al padre di dare i beni paterni del figliuolo, incapace di dargli egli stesso. A suo luogo vedremo, che la detta permissione della nuova legge, qualunque sia la natura della cosa permessa, abbraccia la sostituzion pupillare. Per ultimo trattandosi di sostituzione pupillare, abbiamo di più, che se la legge ultima la permette espressamente; la precedente, ossia il Codice Civile, non la vietava. E questo forma il compimento della verità della causa, al quale passiamo.

NOTIZIE, DA CUI DERIVANO LE RISPOSTE ALLE SECONDE CONSIDERAZIONI DELLA MEDESIMA III QUISTIONE, CIRCA LA PRETESA CONTRARIETA' DEL COD. CIVILE.

Il diritto romano, concernente la sostituzion pupillare, già da noi sposto sotto la I quistione, passò, dopo la barbarie e dopo risorti gli studj, ad essere il diritto comune di quasi tutta l' Europa, compresavi quella parte della Francia, che veniva sotto nome di paesi di diritto scritto, perchè si governava col diritto romano. I soli presso a poco, che non ricevérono la sostituzion pupillare, tuttochè nelle altre parti avessero adottate le leggi romane, furono i Paesi Bassi. Le provincie in fine della Francia, che si chiamavano di diritto consuetudinario, non riconoscevano l' autorità del diritto romano, nè nella nostra, nè nelle altre materie. Vedremo nondimeno a suo luogo, nel trattar della obbliquazione della pupillare, che così ne' Paesi Bassi, come ne' paesi consuetudinarj francesi, se la sostituzion pupillare vi era peregrina in quanto al nome e nel suo rigore, eravi in realtà familiare e valevolissima nel massimo degli effetti. Così andò la bisogna fino alla rivoluzione della Francia.

Nel-

Nella rivoluzione non le sole sostituzioni fedecommessarie, ma le pupillari, ma le vulgari furono in Francia abolite; nè le stesse istituzioni rimasero illese, ma vi vennero annullate e proibite le disposizioni universali tutte, e fatte, ma non ancora aperte, e da fare. Le leggi dell' anno II repubblicano, e spezialmente quella de' 17 del nevoso, si distinsero in questo antilegale furore.

I disordini, che derivaron da tanto eccesso, furono i primi mezzi da farlo venire in abborrimento; gli animi si cominciarono un poco a calmare, e con migliori auspicj si diede opera a rifare una legislazione meritevole di averne il nome. Così tra le leggi in prima distaccate, che poscia unite insieme composero il Codice Civile, venne fuori quella *Delle donazioni e de' testamenti*. Ivi è celebre l' articolo, che nel corpo intero del Codice, prende il numero di 896, composto di due paragrafi così conceputi. *Le sostituzioni son proibite — Tutte quelle disposizioni, nelle quali il donatario, l' erede istituito o il legatario sono gravati di conservare e di restituire ad una terza persona, son nulle, anche per rispetto al donatario, all' erede istituito, al legatario.* O che si riguardino i motivi di questa proibizione, o

il suo linguaggio, o la diffinizione data delle sostituzioni, o la dichiarazione solenne degli stessi legislatori, o il consenso de'grandi interpreti, è ormai disperata impresa il pretendere, che l'anatema dell'articolo 896 comprenda altro, che le fedecommessarie sostituzioni.

Motivi. Questi si truovano espressi in due discorsi de' Consiglieri di Stato, Portalis e Bigot-Préameneu (1); e sono il danno, che dalle sostituzioni proveniva all' agricoltura ed alla circolazione de'beni, per la inalienabilità delle terre; lo scadimento, a cui si condannavano tutti gli altri rami d' ogni famiglia, per farne rigoglioso e lussureggiante un solo; la facilità d' ingannare i creditori, nascondendo loro i vincoli della roba; la frequenza delle liti, che nascevano da tante particolari leggi di successione. Niuno certamente di questi motivi riguarda la sostituzion pupillare.

Linguaggio della legge. L' articolo 960 parla di *sostituzioni* senz'altro aggiunto. I francesi per *sosti-*

(1) *Motif du Code Civil. Art.* 896.

stituzioni, a differenza de' Latini, che per eccellenza intendevano sotto tal vocabolo le dirette (1), han sempre intese le fedecommessarie. Testimoni di ciò l' ordinanza di Francia del 1747, intitolata *Delle sostituzioni*, il DOMAT (2), il THEVENOT D'ESSAULE (3); e dopo il Codice Civile, il Signor VILLARGUES, scrittore recentissimo ed accuratissimo, che in un'opera di proposito ha disegnati i giusti limiti dell' articolo 896 (4). Lo stesso Codice Civile parla espressamente della vulgare, senza darle il nome di *sostituzione* (5). È notabile inoltre, come essendosi colle leggi de'25 di ottobre e de'14 di novembre 1792, abolite per lo passato e interdette per l' avvenire *Tutte le sostituzioni*, la parola *Tutte* fu tolta nel fare la legge nuova.

Definizione. Il Codice Civile è stato sì cauto

(1) *VINNIUS ad rubr. Inst. De vulg. subst. Num.* 3.

(2) *Loix Civiles. tit. Des substitutions. Princ.*

(3) *Traité des substitutions. Num.* 31.

(4) *Des substitutions prohibées. Chap.* I, *num.* 5 *et* 6.

(5) *Art.* 898.

nel proscriver le sostituzioni, che vi ha soggiunta la definizione, cosa in esso ben rara. Le ha dunque definite per quelle disposizioni, che inducono il doppio gravame di conservare e di restituire ad un terzo. Il doppio gravame costituisce la caratteristica dei fedecommessi vietati; talchè neppure que' fedecommessi, che portano un sol gravame, sono oggi in Francia proibiti. Tal' è per esempio il fedecommesso di *residuo*, ossia di *reliquato*; poichè in esso è gravame soltanto di *restituire*, ma non di *conservare* (1). Ora nella pupillare non vi e peso nè di restituire, nè di conservare. Non di restituire, poichè questo è gravame per chi si possa scegliere un successore; ma è gran benefizio, per chi non possa ciò fa-

(1) *Sirey*, *Recueil ecc. Tom. X*, *P. II*, *pag.* 238. *Tom. XX*, *P. I*, *pag.* 79 *et* 80 — *Merlin*, *Quest. de droit*, *tom. VI*, *Substitutions fideicomm.* §. *XIII*, *pag.* 756, *col.* 2. *Paris* 1820 — *Delvincourt*, *Cours du Cod. Civ. Liv. III*, *chap. VI*, *not.* 4 — *Toullier*, *Droit Civ. Fr. Tom. V*, *num.* 38 *et suivv.* — *Grenier*. *Des donations et des testamens ec. ec.*

fare, il ricevere il successore dalla provvida elezione di chi vegli per esso, ed è un *supplemento* al non poter egli testare (1). Non vi è gravame di conservare, poichè se il pupillar sostituto è l'erede del pupillo, il suo diritto non comincia prima della morte del pupillo; ed il pretendere, che il pupillo in grazia di lui non alienasse, sarebbe pretendere vincolato ogni patrimonio, appena che il suo possessore abbia testato. I divieti delle alienazioni a' pupilli vengono da altre leggi; da leggi, che riguardano la loro utilità, non quella de' sostituti; e son comuni ai pupilli tutti, ancorchè sostituti non abbiano, ed a tutti i minori, ancorchè giunti alla età di testare; e ne profittano, ma per accidente, anche gli eredi legittimi, in quanto la utilità de' pupilli concorra colla loro nel non alienare la roba. Alla stessa guisa, se un gravato di fedecommesso di residuo cada in demenza, sicchè gli vengano interdette le alienazioni, ne potrà per accidente profittare il chiamato, senza che però la natura di quel fedecommesso ne

 ven-

(1) *Pater hunc defectum supplet, faciens (impuberi) testamentum.* Duaren. *Ad tit. De vulg. et pupill. Cap. XII.*

venga alterata. Per la qual cosa in faccia al pupillar sostituto non ha il pupillo alcun vincolo, o divieto di alienare. E per questo riguardo spezialmente abbiam veduto ne' preliminari della prima quistione, che gli scrittori danno le due sostituzioni per sì diverse tra loro, che chi dice, nulla aver elleno di *comune tra se*, e chi riconosce tra loro una *positiva contrarietà di natura* (1). E ciò in quanto alla definizione delle sostituzioni proibite, che le restringe alle fedecommessarie di doppio gravame.

Dichiarazione autentica de' legislatori. Nella discussione, che fra' compilatori del Codice Civile si fe dell' articolo 896, il Consiglier di Stato, SAINT JEAN D'ANGELIS, disse, che bisognava spiegare, che cosa s'intendesse per *sostituzioni*. Il Consiglier di Stato TRONCHET rispose, che la definizione il dichiarava; ed il congresso fu tutto d'accordo (2). La definizione è quella, che abbiamo discussa. Nel rendersi poi conto al pubblico dell' articolo stabilito ne' termini, in cui lo leggiamo, un oratore del governo, che fu il Tribuno JAUBERT, disse: *Bisogna ben intendere quel-*

(1) *Cap. II, pag.* 20 *e* 21.

(2) *Conference du Code Civil. Art.* 896.

quello, che la legge vieta. Ella non altro vieta, se non quello, che nel diritto antico avea nome di fedecommesso (1).

Consenso de' grandi interpreti. Il Merlin (2), il Delvincourt (3), il Toullier (4), il Villargues (5) ec. convengono tutti, che l' articolo 896 è ristretto a'fedecommessi, e non riguarda la pupillare. Il Merlin spezialmente scrive in questi termini: *La sostituzione pupillare è stata abrogata ne' paesi di diritto scritto dalla legge de'* 17 *del nevoso dell'anno* II, *E IL CODICE CIVILE NON L' HA RISTABILITA* (6). Il Toullier riporta anche espressamente l'abolizion della pupillare alla legge citata, e vi aggiugne la *esem-*

(1) *Motifs du Code Civil. Art.* 896.

(2) *Repertoire universel de Jurisprudence — Substitution pupillaire*, in fine.

(3) *Juris romani elementa. De pupill. subst. In notis. Parisiis*, 1818.

(4) *Droit Civil français. Liv. III, tit. II*, §. 17.

(5) *Des substitutions prohibées. Chap. III*, *num.* 29, *pag.* 33; *chap. IV*, *num.* 38 in fine, *pag.* 44.

(6) *Loc. sup. cit.*

plare. Passa al Codice Civile, e dice, che le sostituzioni ivi proibite son quelle, che prima si chiamavan fedecommessarie (1).

Se il Codice Civile tace della pupillare, riman saldo per noi nel nostro regno il diritto romano; a differenza de'Francesi, che s' imbattono di là dal Codice nelle leggi dell' anno II. Infatti siccome pe'Francesi fu detto, che le leggi passate restavano abolite nelle materie, che formavano oggetto del Codice Civile, lo stesso fu detto per noi, quando ci fu annunziato il Codice Civile, con decreto de' 22 di ottobre 1808. E così dal Re Signor nostro è stato similmente statuìto nel dare a' suoi dominj di quà e di là dal Faro l' attual Codice pel regno delle due Sicilie. Dunque per la ragion de' contrarj, nelle materie, che non formano oggetto del Codice Civile, come i Francesi restarono alle loro leggi precedenti, così noi restammo alle nostre antiche.

La necessità di questa remissione al diritto antico nel silenzio del nuovo, è di per se patentissima; perchè cioè non divenissero giuoco dell'arbitrio e del va-

(1) *Loc. sup. cit.*

vario opinare degli uomini le materie ommesse dal nuovo. Il che tanto più faceva uopo tra noi, quanto che ricevevamo una legislazione esotica, che non poteva contenere le nostre materie indigene; ed una legislazione sorta dal torbido delle tempeste civili, non bastevole a quanto occorre per tempi più sereni e più placidi. Laonde, secondo lo spirito, con cui quì furono adottate le leggi nuove, non nel solo silenzio loro, ma in ogni lor dubbietà eziandio, convien ricorrere alle decisioni sicure delle nostre antiche. Un filosofo legislatore di tutto lo scibile umano, nel dar le sue leggi alle stesse leggi, e nel suggerire i mezzi da averle perfette, diceva: *Exempla a temporibus bonis et moderatis, non a tyrannicis, aut factiosis, aut dissolutis petantur* (1). Ed i professori della civil sapienza in un popolo avvezzo per secoli a reggere i popoli (2), davano per cosa usitata e necessaria a praticarsi, il temperare le nuove leg-

(1) *Bacone da Verulamio* nel suo trattato *De Justitia universali. Aphorism.* XXII. Si truova così nella grande opera *De dignitate et augmentis scientiarum*, come ne' *Sermoni fedeli.*

(2) *Tu regere imperio populos, Romane, memento. Virg.*

leggi colle antiche. *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur* (1). Laonde un de gli elogj della nostra odierna legislazione si è, che non è gelosa di collegarsi, dove si conviene, colla passata; ed è maggiore elogio di chi la regge con tanto senno, l'andarla ritirando, come veggiam farsi ogni giorno, al buono del prisco tempo, senza nulla farle perdere del buon del moderno.

Ma che si richiede per dirsi un punto *materia regolata* dal diritto nuovo, *oggetto* del diritto nuovo? Basterà forse, che vi sia il suo genere? Basterà, che vi sia quà e là sparsa alcuna idea, che possa avervi relazione? I Francesi più partigiani, che non debbono esserlo gli altri popoli, del lor Codice Civile, non hanno osato pretender tanto. Se bastasse trovarvisi il genere della cosa, vi sarebbero le cose tutte, poichè niuno vi manca de'capi, a cui si riferiscono le materie del diritto privato; e basterebbe trovarvisi le successioni e le convenzioni, per dirvisi tutto contenuto (2). Ma il Sig. Malleville, ch' ebbe molta parte

(1) *Paulus in L.* 26, *D. De legibus.*

(2) Il Domat in fatti sotto queste due sole rubriche ha riordinato felicemente tutto il diritto privato.

te nella compilazione del Codice Civile, dichiara, che bisogna essere *oggetto* DI UNO DE' TITOLI DEL DETTO CODICE, perchè ogni altra legge *abbia finito di aver forza* sopra alcun punto. Così sull'articolo 7 della L. de' 30 del ventoso, anno XII, colla quale fu dato a' Francesi il Cod. Civ. Lo stesso Consiglier di Stato MALLEVILLE, sull' articolo 1075 del detto Codice, dice, trovarsi ivi ommessa la disposizione di potere i conjugi unitamente in uno stesso testamento distribuire i lor beni fra' lor figliuoli, e doversi perciò ricorrere all' articolo 77 dell' ordinanza di Luigi XV de' testamenti; non ostante che l'articolo 968 del Codice proibisca generalmente il potersi da due persone testare in uno atto solo. Gli autori delle *Pandette Francesi* sulla testè citata legge, colla quale il Codice Civile fu pubblicato in Francia, insegnano così: *Le antiche leggi, siccome deriva da questo articolo 7, non sono abrogate, se non se ne' punti regolati dal Codice Civile. Elle conservano la loro forza* IN TUTTI I CASI, *che non sono in questo preveduti e decisi.* I compilatori dello stesso Codice crederono non proscriver la enfiteusi, col semplice ommetterla nella serie de' contratti; e volendola abolire, v' inserirono l' art. 530, col quale dichiararono redimibile essenzialmen-

te ogni rendita perpetua (1). Un decreto francese degli 8 di Febbrajo 1812, dietro parere del Consiglio di Stato, dichiarò, *che non si possono riguardare come regolate da' Codici novelli, le materie, in ordine alle quali essi non contengano, se non disposizioni sparse, distaccate, e non formanti un sistema compiuto di legislazione.* La Cassazione di Francia si è valuta di questo principio in una arresto de' 29 di Febbrajo 1813; ed il Sig. Sirey gli appone il seguente sommario: » Il principio consagrato in materia di abrogazione, cioè che le antiche leggi hanno cessato di avere effetto sulle materie regolate dai nuovi Codici, vuol essere applicato alle materie regolate da un sistema compiuto nella legge nuova, e non già alle materie, sulle quali la legge nuova offre soltanto qualche disposizione isolata (2). »

La sostituzion pupillare non ha *alcun titolo* nel Codice Civile. Egli non la nomina *mai*, nè col suo nome, nè con alcuna circollocuzione. Il suo *caso* non si para in alcuna delle sue parti. Non solo non si

(1) *Conference du Cod. Civ. Art.* 530, verso il fine.

(2) *Code penal, art.* 484.

si truova in esso un *sistema compiuto*, che la proscriva; ma neppure delle *disposizioni sparse e distaccate*, che la prendan di mira. È dunque ella fuor de' regolamenti del Codice francese; ed è quindi per noi restata sotto l'imperio del diritto romano. Veggiamo ora, che cosa abbia considerato la Gran Corte Civile contra verità così chiara.

Seguito delle considerazioni della decisione sulla III quistione, circa la pretesa contrarietà del Codice Civile.

IV. *Attesochè il Codice Civile e ne' suoi motivi, e nel tutto insieme delle sue disposizioni, rifiuta la pupillare. I processi verbali del Consiglio di Stato, e precisamente quello della seduta de' 14 piovoso, anno XI, provano, che nella formazione di tal novello Codice, in Francia si ragionò di proposito di siffatta sostituzione, e fu esclusa come graduale.*

Osservazioni.

Ci voleva veramente qualche cosa di più, che poche parole affettatamente generali, per uscir con onore dall' incomodo imbarazzo degli argomenti di so-

sopra. I processi verbali del Consiglio di Stato non contengono, fuorchè una parola inesatta e gettata a caso sulla nostra sostituzione, in un rapporto precedente alla discussione. L'errore lo accenna contra il suo interesse, e lo adotta contraddicendosi, la stessa nostra decisione; e fu il considerar la pupillare, come sostituzion *graduale*. Il graduale conviene a'fedecommessi, per lo passaggio almen di due gradi, che fa la roba, dal disponente all'erede, e dall'erede al fedecommessario. Ma se il sostituto pupillare veniva, come erede del pupillo, e anche del pupillo diseredato; non è un error manifesto l'immaginar de'gradi nella pupillare? e non è una contraddizione in chi riconosce nel sostituto pupillare l'erede del pupillo, come la stessa decisione l'ha riconosciuto (1)? Bisogna vedere non quello, che fu proposto al Consiglio di Stato, ma quello, che ne fu adottato e risoluto; e ciò apparisce da'luoghi da noi disopra allegati.

Ma la decisione riconosce ella stessa il suo debole in questa parte essenzialissima della causa, e passa subito a volerlo puntellare con argomenti di con-

(1) Pag. 29, Cons. I.

congruenza, che cerca quà e là negli altri luoghi del Codice Civile, diffidando di potersi sostenere sull'articolo 896, che le viene espressamente meno. Ricorre dunque a quelle idee *distaccate*, di cui abbiam vista la inefficacia, secondo le massime degli stessi Francesi. Ma si truovano veramente nel loro Codice le *sparse e distaccate idee*, di cui la decisione pretende a se fare un comunque debole scudo? Veggiamo anche questo.

SEGUITO DELLE CONSIDERAZIONI.

V. *Attesochè i principj del diritto romano sono in questa parte incompatibili con quelli del Codice Civile; tanto è lungi che le due legislazioni possano congiungersi, e restar in vigore l' antica, senza che la nuova ne fosse offesa. L' alto dominio privato, o sia la patria potestà propria de' Romani, ch' era la base essenziale della sostituzion pupillare, non è conservata dal nuovo diritto, che ha ricondotto il potere paterno a' giusti e discreti confini, cui per le naturali leggi era d' uopo di riportarlo.*

Os-

La patria potestà, e molto meno l'antica e propria de'Romani, non è la *base* vera della sostituzion pupillare. Fu notato di sopra sotto la prima quistione, che i giureconsulti dell'antichissima Roma, nello inventare la pupillare, ricorsero alla patria potestà, per avere un *colore* alla novità, che introducevano (1). Fu notato, che la patria potestà venne di mano in mano declinando sotto gl' Imperadori, fino al segno, che poco più ne rimase di quello, che ne dà il diritto naturale; e nondimeno la pupillare crebbe sempre di vigore, e per le interpretazioni de'giureconsulti, e per le costituzioni degl'Imperadori; cosa, che sarebbe succeduta al contrario, se dipendeva essenzialmente da un principio, che ogni dì si veniva infievolendo. Fu notato, che GIUSTINIANO, quando appunto per le sue costituzioni aggiunte a quelle de'precedenti Imperadori, il potere paterno era divenuto debolissimo, estese di pieno diritto la pupillare a'mentecatti, dietro l' esempio di qualche particolar concessione, che i suoi predecessori ne avean fatta (e così

(1) Pag. 13 e 14.

così nacque la *esemplare*); e diè la facoltà di usar di questa a tutti i genitori, padri e madri, ed agli ascendenti paterni e materni; facendo discendere tal nuovo diritto non dalla patria potestà, negata a tanti sostituenti, ma dallo spirito di umanità, ch'era il vero principio di una invenzione fatta per salvare dalle insidie di avidi congiunti vite innocenti e care. Si è notato ne'preliminari della terza quistione, sulla quale siamo, che tutta quasi l'Europa moderna, nel risorgere il diritto romano, accolse la pupillare; e vedremo nella quistione seguente, che i pochi popoli, i quali la rifiutarono in parole, l'accettarono in fatti obbliquata, talchè fino alla rivoluzione francese, o sotto forma di diretta, o sotto forma di obbliqua, è stata dappertutto in pratica ed in onore. Diremo forse per questo, che fino al cadere del passato secolo la patria potestà in Europa fu quella, ch'era a'tempi della repubblica romana, quando a'padri era lecito vendere fino a tre volte i figliuoli, ed ammazzargli impunemente; e quando i figliuoli per qualunque fatica, industria o fortuna, non guadagnavano un soldo, che fosse proprio loro? In Francia, dice Pietro Rebuffo, la patria potestà intanto si conosceva, in quanto giovasse e fosse utile a'figliuoli; e nondimeno nei paesi di diritto scritto la sostituzion pupillare vi era pie-

pienamente in piedi (1); e ne' paesi consuetudinarj vi si dava esecuzione, obbliquandola (2). La decisione ci oppone una potestà patria ridotta oggi a' limiti delle leggi naturali. Ma ULRICO HUBERO, scrivendo in Olanda, dove la pupillare diretta non era ammessa, non potè rimanersi di confessare: *Haec substitutio rationi optime congruit, ut pro eo, qui per judicii infirmitatem ipse testari nequit, fungatur is, quem natura gubernatorem omnium ipsius actionum esse voluit* (3). Ed in Italia il CARDINAL DI LUCA, nel *Conflitto della legge colla ragione*, osserva col suo buon senso, che la patria potestà nel diritto romano contribuiva a restringere la pupillare, la quale per la sua nativa utilità, quando si esce da' cancelli del detto diritto, merita di essere ampliata (4). Dunque da una parte abbiamo, che il principio vero della pupillare non è la patria potestà; e dall'altra, che la patria

(1) *Ad caput Raynutius, Extr. De testam. De pupill. subst. Num.* 28.

(2) Nella quistione seguente.

(3) *Praelect. jur. civ. Tom. I, De pupillar. Num.* 1.

(4) *Operum tom. XV, P. III, Obs. CVI.*

tria potestà non debbe esser quella de' Romani antichi, per corrispondere a sì bella istituzione (1).

SEGUITO DELLE CONSIDERAZIONI.

Nè le nuove leggi hanno per le successioni testamentarie la predilezione, che giustificava la nomina di un erede al figlio, per modo che onta o disonore vi fosse per chi muoja intestato: molto meno può ora temersi della vita del pupillo, essendosi, colla salutevole instituzione de' consigli di famiglia, e della subrogata tutela, energicamente garantita dalle insidie degli agnati. Laonde la causa della pupillare, essendo nella sua generalità cessata, non può esserne più conservato l' effetto, mentre altra ragionevole causa non avvi per sostenerlo.

Os-

(1) Nella prima difesa si fe vedere, che prima de' Romani ebbero gli Ateniesi la pupillare da una legge di SOLONE; quegli Ateniesi, che con tutti i Greci riguardavano come insopportabile la patria potestà de' Romani, secondochè ci attesta DIONIGI da ALICARNASSO. Veggasi la pag. 224, indi la 210.

OSSERVAZIONI.

Il gran fine della pupillare è il preservare la vita degli orfani dalle insidie de' congiunti; ed è singolare la riflessione, che i consigli di famiglia e la surrogata tutela non lascino più temere di tanto male. Niuno ha pensato ancora di onorare con sì magnifico elogio così fatte, benchè salutarissime, istituzioni: e se le sentenze de' giudici possono cambiare la natura delle cose, come il torto e il diritto de' litiganti (1), l'uman genere dovrà alla presente decisione, che la malizia sia stata svelta da' petti degli uomini, e che basti ad ogni uomo l'essere consigliere di famiglia per divenir buono.

SEGUITO DELLE CONSIDERAZIONI.

VI. *Attesochè inoltre la stessa verità deriva luminosa dal confronto di molti articoli del Codice Civile, direttamente opposti alle disposizioni del diritto romano, in quanto alla pupillare. Il Codice Civile nel-*

(1) *Sacrum Regium Consilium facit de albo nigrum, et de nigro album.* Adagio de' nostri antichi.

nell'articolo 895 vuole, che il testamento sia l'opera di colui, che lo forma, e non versi che su' proprj beni. Questa regola non è, come nel dritto romano, limitata dal diritto conceduto al padre di testar per suo figlio.

Osservazioni.

L' articolo 895 del Cod. Civile dice: *Il testamento è un atto, col quale il testatore dispone pel tempo, in cui non più esisterà, della totalità o d' una parte de' suoi beni, e che può rivocare.* Che si vuol ricavare da ciò? Che il testamento si faccia della propria roba? E il diritto romano diceva forse diversamente? Odansi le leggi decemvirali, principal fonte di questo diritto: *Uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave rei suae, ita jus esto* (1). Or siccome la sostituzion pupillare non fa contraddizione col diritto romano, non ostante il testè recato principio; così non la fa col Codice Civile, non ostante l' articolo 895, ch' è la ripetizione di quel principio.

Che

(1) *XII Tabul. V.*

Che la sostituzion pupillare sia nel diritto romano una eccezione alla regola di doversi il testamento formare da chi lascia la roba, si può indifferentemente concedere e negare. Si può negare, perchè il diritto romano non la tratta in forma di eccezione; e così nelle Pandette, come nel Codice e nelle Istituzioni, le assegna una sede a parte, dove ne tratta, come di cosa principale. Si può concedere, e dire: appunto, perchè nel Codice Civile la regola del diritto romano si legge copiata tal quale, ed in niun luogo di esso si legge una parola, che deroghi all' antica eccezione, talchè questa eccezione non *fa oggetto* del diritto nuovo; perciò rimase in piedi in questa parte il nostro diritto antico.

Tutto ciò, che non è proibito dalla legge, è permesso, dissero i compilatori del Codice Civile sul silenzio della enfiteusi. Principio incontrastabile, o che quello, che la legge positiva non vieta, venga dalla legge naturale; o che venga da una legge positiva più antica, che la nuova non abbia del tutto abrogata; spezialmente, quando la ragionevolezza e la utilità dell' antica da una banda, e l'abitudine dall' altra e la osservanza de' secoli l' abbian renduta connaturale a coloro, ch' erano in possesso di praticarla. Ricordiamoci in oltre la sentenza del

Sig.

Sig. Malleville, che fu pur uno de'compilatori del Codice, intorno al testamento da non potersi fare da due persone congiuntamente. Era un'eccezione quella, che il permetteva a' conjugi. La regola fu scritta nel Codice Civile; la eccezione fu taciuta. Nondimeno, disse il saggio giureconsulto, l'eccezione non è abrogata.

Seguito delle considerazioni.

Più: il Codice Civile nell' articolo 901 *esige, che per la capacità di far donazione o testamento bisogna, che il disponente abbia lo spirito sano: ciò dimostra di non potersi questa integrità di mente concepire oltre la persona, della di cui eredità si tratta. Ma nel caso della sostituzion pupillare, sano di spirito dovrebb' essere non il figlio, ma il padre, che per lui testa, ciò che costituisce un' altra arbitraria eccezione alla regola.*

Osservazioni.

Veramente i difensori della pupillare non han mai preteso, che tal sostituzione potesse ordinarsi da chi non abbia lo spirito sano; nel qual caso la consi-

siderazione della G. Corte sarebbe eccellente. Ecco a che sorta di proposizioni mena anche i grandi uomini l' impreso patrocinio di un errore! Appunto pel difetto di senno del pupillo e del mentecatto, la legge permette, che si faccian loro i testamenti da chi abbia quel discernimento, che manca loro. E questo stesso la decisione dice altrove (1).

Seguito delle considerazioni.

Le leggi romane alla morte di un impubere deferivano la eredità a' suoi legittimi successori, se però non vi fosse sostituzion pupillare, nel qual caso la successione era testata. Ma nel Codice Civile, quando non vi ha un erede fattizio nominato dalla persona, che muore, gli eredi naturali non sono in alcun caso esclusi dal succedere. Per lo che non potendo le leggi generali andar sospese da eccezioni presunte, è evidente, che co'principj del Codice Civile la sostituzion pupillare è insociabile.

Os-

(1) Pag. 29 Cons. I.

Osservazioni.

Se il sostituto pupillare è l' erede testamentario del pupillo, secondochè è riconosciuto dalla stessa decisione (1); siccome nel diritto antico romano, così nel nuovo del Codice Civile, convien, che escluda gli eredi *ab intestato*. Qual discordanza è in questa parte tra l' antico e 'l nuovo diritto? Noi confessiamo di non giuguere a comprenderla. In che diversifica l' erede *fattizio* della decisione (poichè è piaciuto introdurvi un vocabolo nuovo) dall' erede testamentario del comun linguaggio legale?

Seguito delle considerazioni.

Oltre che, se nelle nuove leggi potesse tale sostituzione aver sede, avrebbe dovuto il legislatore stabilirne il confine, indicando i limiti della impubertà. Ma di questo periodo della vita il Codice Civile non parla: di pubertà esso non ne conserva nè il nome, nè la nozione, dividendo gli uomini in due classi, minori e maggiori; minori sino all' età

(1) Ivi.

di ventuno anni compiti, maggiori da questa età perfetta in poi.

Osservazioni.

Il limite della impubertà per rispetto alla sostituzion pupillare è nella natura di questo trovato. *Moribus introductum est, ut cum ejus aetatis sint filii, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant*. Così Giustiniano (1). Dunque tutta la età da non poter far testamento è lo spazio della sostituzion pupillare. Vi è o no nel Codice Civile un termine a cotesta incapacità? Tal termine è il termine della pupillare. Che altro ci vuole, per porre in ciò di accordo l'antica e la moderna legislazione? Ma di ciò più distintamente, quando la decisione di proposito parlerà della età.

Se-

(1) *Princ. Inst. De subst. pupill.*

Seguito delle considerazioni.

Nè sarebbe proprio di ricorrere per tal riguardo alle antiche leggi di già abrogate; molto più che la materia delle sostituzioni è trattata nel Codice Civile, e tra le dirette, solo la volgare si è creduta innocente, e non avvolta nel divieto dell' art. 896, *per le sostituzioni generalmente espresse.*

Osservazioni.

1. Ci astenghiamo volentieri in questo di ricorrere alle leggi antiche, dopo avere le nuove allungata la età incapace di testamento. Anzi vogliamo appunto quello, che le nuove leggi vogliono; e che la decisione manifestamente contraddicendosi, ci contrasta altrove. Noi vogliamo, che, perchè la età incapace è più lunga nel diritto moderno, più lunga sia divenuta la durata della pupillare.

2. Che il Codice Civile abbia delle sostituzioni dirette permessa la vulgare, non basta ad inferirne, che abbia vietata la pupillare. Non si può dire altro, se non che l' abbia taciuta, l' abbia ommessa; il che con somma precisione è stato detto dal Merlin. *La sostituzion pupillare è stata tra noi abolita dalla leg-*

legge de' 17 del nevoso dell' anno II; ED IL CODICE CIVILE NON L' HA RISTABILITA. Ecco perchè i Francesi debbon ricorrere in questa materia alle leggi rivoluzionarie; ed ecco perchè noi dobbiam ricorrere al diritto romano. Il Codice tratta la materia delle sostituzioni, si dice. Non basta alla causa, non avendo trattata la materia della pupillare. Dobbiamo noi ampliare l' imperio del Codice Francese più che non vogliono i Francesi stessi? Ne' preliminari delle nostre osservazioni abbiamo vedute le massime dei Francesi (1).

3. Per dire un'altra parola sulla vulgare, il Cod. Civ. la permette, ma senza chiamarla sostituzione. Grande argomento per inferirne, che il Codice non parla della pupillare nè in genere, nè in ispezie; poichè per sostituzioni intende i soli fedecommessi, come fu dimostrato.

SE-

(1) Pag. 114.

SEGUITO DELLE CONSIDERAZIONI.

VII. *Attesochè le leggi vigenti nel 1810 irritarono la pupillare, ordinata dal Marchese D. Ferdinando nel 1801; anche perchè dopo la morte del sostituente, Salvatore Folgori restò sommesso alla potestà di sua madre. Costei non avea patria potestà nel tempo, che la sostituzione fu disposta; ma indi i nuovi statuti personali gliela concessero, talchè sopravvivendo al marito, restò ella sola ad esercitare sul figlio il potere, che per lè vecchie leggi era al padre esclusivamente attribuito.*

OSSERVAZIONI.

Ultimo bellissimo argomento. Dunque abbiamo una *patria potestà materna* per diritto nuovo; quel diritto, che pocanzi secondo la stessa decisione, ha distrutta (ci sia lecito così parlare) *la patria potestà paterna.* L'art. 373 del Cod. Civile dice: *Il padre solo esercita quest' autorità* (patria) *durante il matrimonio.* L' articolo 390: *Dopo sciolto il matrimonio per morte naturale o civile di uno de' conjugi, la tutela de' figli minori e non emancipati appartiene di pieno diritto al superstite di essi.* L' art. 391

aggiugne : *Potrà nondimeno il padre destinare alla madre superstite tutrice un consulente speziale, senza l'avviso del quale non potrà ella fare alcuno atto concernente la tutela — Se il padre specifica gli atti, pe' quali il consulente sarà nominato, la tutrice sarà abile a far gli altri senza l'assistenza di lui.* Che cosa è dunque cotesto *monstrum horrendum ingens*, di *patria potestà materna*, se il padre finchè vive esercita egli ogni autorità; se la madre dopo la morte del marito è semplice tutrice; se la sua tutela è poco più, che onoraria, potendo il marito ridurla a zero? E questa è la nuova potestà materna, che si fa servire d'ostacolo alla sostituzion pupillare ordinata dal padre? E nel diritto Giustinianeo non era anche la madre tutrice legittima de' suoi figliuoli?

Per diritto romano l'avolo non poteva sostituire pupillarmente al nipote, quando questi fosse per ricadere dopo morto l'avolo nella potestà del padre (1). E giustamente, perchè essendo il padre più vicino al figliuolo, e trovandosi all'età di lui più inoltrata, poteva meglio dell'avolo provvedere alla succession del

(1) *L. 2, D. De vulg. et pupill.*

del pupillo. Quì una potestà pari succedeva ad una potestà pari; ed una potestà più vicina alla meno vicina. Ma quale argomento da ciò, per porre in conflitto un' autorità suppletoria colla principale, anzi una ombratile autorità con una reale? Più. Il figliuolo, che morto l' avolo, ricadeva sotto la potestà del padre, non era capace di avere un erede, durante la vita del padre. La sostituzion pupillare gli era quindi inutile in questo secondo stato. Poteva giovargli dopo la morte del padre; e quindi era naturale che dovesse il padre pensarvi.

La terza quistione contiene le due parti, che abbiamo scorse. Nell' una la G. C. Civile ha tenuto conto del medio tempo, quel tempo passato sotto il Codice Civile. Nell' altra si è distesa sulla pretesa contrarietà dello stesso Codice Civile.

Nella prima parte ha violato la L. 3, *D. De regula Catoniana*, e la 41, §. 2, *De legatis II*, dove è dichiarato, che *Catoniana ad conditionalia non pertinet*;, perciocchè o fedecommessaria, che sia la chiamata di D. Niccola, o pupillare riferita al padre del pupillo, la condizione doveva sottrarla dalla influenza di ogni altro tempo precedente a quello della stessa condizione. Ha violate più leggi proprie della pupillare,

 spe-

spezialmente la L. 11, *D. De vulgari et pupillari*, e le LL. 10, *D. De captivis*, 28, 29 e 40, *D. De vulgari et pupillari*; facendo dipendere dal tempo della morte del sostituente la sorte del testamento pupillare, la qual dipende per le dette ed altre leggi non da quello della morte del padre, ma da quello della morte del pupillo, purchè il testamento principale regga. Ha violato la L. 49, §. 1, *D. De heredibus instituendis*, il §. 2, *Institutionibus*, *De pupillari*, ed altri testi, pe' quali di una sola morte si tien conto in ogni eredità, che nel nostro caso è quella del pupillo. Ha violato la L. 41, *D. De adquirenda vel omittenda hereditate*, introducendo difficoltà nuove nella sostituzion pupillare, contra la detta legge, che ne comanda la facilitazione.

Nella seconda parte la stessa G. C. Civ. ha male applicato lo articolo 896 del Codice Civile, e tutti i luoghi dello stesso Codice, da' quali ha cercato di trarre argomenti contra la pupillare, non riferendosi alla medesima nè il citato articolo, nè gli altri luoghi. Ha violato in fine così il decreto de' 22 di ottobre del 1808, come il real decreto di S. M. del 1819, co' quali si lascia in piedi l' autorità delle leggi antiche in tutto ciò, che non sia materia delle leggi nuove.

CA-

CAPO V.

Disamina della settima quistione: Se possa giovare al Marchese D. Niccola la obbliquazione della pupillare in fedecommesso di residuo.

Abbiamo rimosse le difficoltà cavate dalla supposta contrarietà del Cod. Civile, per due vie; in primo luogo per quella del tempo della morte del pupillo, ossia del tempo dell'effetto, che si dee surrogare al tempo della morte del padre, sia che si consideri la disposizione in quistione, come un fedecommesso condizionale ordinato dal padre sulla propria roba, sia che si consideri come istituzione dell'erede del pupillo; in secondo luogo, per la via della vera e retta intelligenza del Codice stesso, la qual dilegua la pretesa contrarietà di esso alla sostituzion pupillare. La terza consiste in ciò, che se il Codice Civile rigetta la sostituzion pupillare vera e diretta, non così la pupillare convertita in un fedecommesso analogo alla sua natura, ossia in un fedecommesso di residuo, durante la età pupillare. Perciò la quistione dell' obbliquazione, ch' è settima nell' ordine della decisione, la trattiamo quì in quarto luogo, per ter-

minare con essa la triplice confutazione della principal difficoltà della causa.

Colla sostituzion pupillare il padre, ed il solo padre per diritto romano, dava l'erede al figliuolo, che avesse in sua potestà, per quel tempo, durante il quale non potesse il figliuolo testare. Questa era la cosa nella sua sostanza. La forma poi esigeva principalmente, che dovesse farlo con testamento, non già con codicillo, perchè la pupillare era istituzion prima per rispetto al figliuolo (1); e ne' testamenti non s'istituiva, non si diredava, ossia non si dava, nè toglievasi eredità. Avvenne a'tempi di CERBIDIO SCEVOLA, che un padre sostituì pupillarmente al figliuolo in un codicillo. Tal sostituzione è inutile, disse il giureconsulto, per la ragione or ora accennata; ma *per benigna interpretazione*, soggiunse, si vuol sostenerla; e si avrà, come se il padre per fedecommesso avesse pregata la madre del pupillo (ch'era in quel caso l'erede legittima del medesimo) di restituire la eredità al pupillar sostituto (2). La conversione della pupillare in fedecommesso, ossia sì fatta obbliquazione della pupillare, ha per principio, spiega il CUJACIO, il *favor*

(1) *Pag.* 15.
(2) *L.* SCAEVOLA, 76, *D. Ad S. C. Trebell.*

vor del pupillo, acciocchè al pupillo non mancasse il successore dal padre sceltogli; e siccome il testamento del sostituente si ha in questa materia, come testamento dell' impubere, così il codicillo del padre si ha come codicillo del figliuolo (1). Ora siccome il disporre per via di codicillo senza testamento, era un fedecommettere a carico degli eredi legittimi (2); così il codicillo fatto dal padre per lo figliuolo partoriva l' effetto simile sopra i legittimi eredi del figliuolo.

Quel, che il *favor del pupillo* dapprincipio potè, nol potè così subito il *favore* semplice *delle ultime volontà*. Imperciocchè da tre testi, due di Papiniano (3), l' altro degl'Impp. Diocleziano e Massimiano (4), veggiamo, che una sostituzione fatta all'impubere, per dover durare oltre gli anni della impubertà, dalla pubertà in poi si aveva per inutile; e pe' soli

(1) *XI*, *Obs.* 25, *Tom. III*, *col.* 315, *lit. C. Lib. VI*, *Respons. Papin. Ad L.* 7, *D. De vulg. et pupill. Tom. IV*, *coll.* 1056 *et* 1057, *editt. neapp.*

(2) *L.* 92, *Si fundum*, §. 2; *et L.* 93, *De leg. I.*

(3) *L.* 7, *Civilibus verbis*, *D. De vulg. et pupill. L.* 15, *Centurio*, *eod.*

(4) *L.* 8, *Precibus*, *C. De impuberum et aliis substitutionibus.*

soli militari, in termini di privilegio, si sosteneva, mediante la conversione in fedecommesso. Quì, dice il Cujacio, non c' è favor del pupillo, perchè si tratta di torgli la facoltà di disporre in quel tempo, in cui non più pupillo, ma eguale di diritto a tutti gli uomini maturi, potrebbe disporre da se (1). Il favor del pupillo si restringe nella età pupillare, cioè in quella, nella quale, non potendo egli per se disporre, riceve giovamento e non gravezza dalla disposizione, che faccia il padre per lui.

Nondimeno, prevalendo di poi il favore delle ultime volontà, gl'interpreti quasi comunemente, fin dal rinascere dello studio della romana giurisprudenza, appoggiati alla forza de'taciti fedecommessi, fatta maggiore dopo i tempi di Diocleziano e Massimiano, opinarono, che il privilegio militare fosse divenuto diritto comune. Ed i Pontefici nel secolo XIII, autorizzando la opinione allora generale, la feron servire alle loro decisioni, inserite nel corpo del diritto canonico (2); il che contribuì grandemente a raffor-

(1) *Ad L. Precibus*, 8, *C. De impuber. et aliis subst. Tom. IX*, *col.* 753.

(2) *Cap. Raynutius*, *Extra*, *De testam. Cap. Si pater*, *in VI.*

forzare ed a far passare a'seguenti secoli la già introdotta dottrina.

Il Cujacio tassò in ciò di errore i Pontefici e gli antichi interpreti da loro seguiti (1). Ma non potè rimanersi di confessare, che in Francia il diritto pontificio in questa parte, non il vero diritto civile, era il ricevuto e praticato. *Quo tamen jure (idest civili) non utimur* (2). Il già comun modo di pensare però non si scosse; anzi fu in varj tempi avvalòrato da giureconsulti del pari gravi, nè deferenti verso i Romani Pontefici. Basta citare il Donello (3) e l'Heineccio (4), ambi sommi uomini, ambi prote-

 stanti

(1) *Ad dict. L. Precibus, C. De impuberum et aliis subst. Tom. IX, col. 752, litt. B, C. In Lib. VI Respons. Papin. ad L. 7, D. De vulg. et pupill. Tom. IV, col. 1055, litt. D, E.*

(2) *XI, Obs. 2, Tom. III, col. 315, litt. A, B, C. Adde Lib. XII, 27, col. 350 et 351.*

(3) *De jure civ. Lib. VII, cap. XVII, num. VIII-X.*

(4) *In not. ad Vinnium, Inst. De pupill. subst. §. 8, in fine.*

stanti, e di paesi diversi, e testimonj congiuntamente di lungo tratto di tempo, non men che quasi due secoli intercedendo tra loro. Giova udire le poche, ma sugose parole del dottissimo professore di HALLA sopra il VINNIO, che propendeva per la sentenza Cujaciana. *Quae attulit VINNIUS, ad jus vetus pertinent, cum non dum tantum auctoritatis tribueretur fideicommissis tacitis. VINNII principia in foro vix admittuntur* (1).

E con maraviglia si osserva, che non solo dove la sostituzion pupillare era praticata, ma eziandio, dove malgrado del riconosciuto imperio del diritto romano, non era seguita, come nelle Fiandre e nella Olanda (2); ed oltracciò ne'paesi, dove niuna autorità il diritto romano aveva, come nelle provincie consuetudinarie della Francia (3); la pupillare inutilmente ordinata come diretta, si eseguiva obbliquandola.

---

(1) *Ibid.*

(2) *VINN. ad §. ult. Inst. De pupill. subst. VOET ad Pand. Lib. XXXVIII, tit. VI, num. 26 in fin. etc. etc.*

(3) *Repertoire de Jurisprudence-Substitutions directes. §. II, num. XV.*

la. Circostanza notabilissima per la nostra causa, poichè si sa, che il Codice Civile francese è in generale un misto di disposizioni, parte tratte dal diritto romano e parte dalla giurisprudenza consuetudinaria della Francia; sicchè una causa, che ha per se il concorso de' detti due diritti, difficilmente si può dire da quel Codice riprovata.

È inoltre soprattutto notabile nella stessa causa, che benchè nella obbliquazione generalmente adottata della pupillare invalida, in quanto diretta, il *favore delle ultime volontà* sia stato adeguato al *favor del pupillo*; nondimeno non lascia di essere un'altra gran circostanza a pro nostro il concorso de'due favori, quel della età pupillare, perchè la nostra sostituzione è stata ristretta ne' suoi limiti; e quel delle ultime volontà, perchè non si può dubitare, che D. Ferdinando Folgori abbia voluto, che la roba non uscisse della sua famiglia.

Ci resta a dire qualche parola sul modo della obbliquazione, ossia sulla qualità del fedecommesso, in cui la pupillare si volge, dovendo essere un fedecommesso analogo alla natura di quella. Antonio Gomesio ha trattato questo punto profondamente e con tutto il suo acume. Dopo stabilitosi solidamente da lui dietro la comune dottrina, che la sostituzion

pu-

pupillare non imponga gravame o vincolo al pupillo, e lasci a lui i beni così liberi ed alienabili, come lo sono i beni di ogni testatore a fronte al proprio erede; insegna, che per effetto della obbliquazione, il pupillar sostituto non prende altri beni, se non se quelli, che *si truovino* alla morte del pupillo, senza punto poter guardare agli alienati legalmente da lui. I nuovi acquisti fatti dal prezzo de' beni alienati gli prende del pari. Ora così fatto fedecommesso, di cui parlan più testi del diritto romano (1), è quello, che ivi si dice *de eo, quod supererit*, e che nel foro più comunemente si chiama di *residuo* o di *reliquato*. E questo è quel, che surrogato alla pupillar sostituzione i DD. chiamano *fedecommesso pupillare*, e il dicono *favorabile*, non *gravoso*, come la stessa pupillare (2). Fin

(1) *L.* 54, *L.* 58, *D. Ad SC. Trebell. L.* 70, §. 3; *L.* 71, *L.* 72, *D. De legat. II*; *L.* 3, §. 2, *D. De usuris.*

(2) *Trentacinq. De subst. P. IV, cap. IX, num.* 20. *Fusarius, De subst. Quaest. CCXLV, num.* 94; *et Quaest. VIII, num.* 20. *Mantica, De tacit. et ambig. ult. vol. Lib. V, tit. VIII, num.* 3. *Adde Vaconium a Vacuna, Novar. declaration. jur. Lib.*

Fin quì il diritto antico. Un altro passo, e già siamo nel nuovo. È egli permesso o no dal Codice Civile il fedecommesso di reliquato? Rispondan per noi i MERLIN (1), i TOULLIER (2), i DELVINCOURT (3), i GRENIER (4); la Corte Suprema di BRUXELLES (5), i tribunali di RIOM e di MOMPELLIER, e la Cassazione di Francia in una decision recentissima del 1819 (6). Risponda per noi il puro testo del Codice Civile, il quale quelle sole sostituzioni annulla, che comprendano unitamente il doppio gravame di conservare e di restituire (7). Nel fedecommesso di residuo

F 9 non

Lib. IV, *cap. LXIV*, *num.* 11; *Lib. VI*, *cap. fin. Num.* 7. *Et* THOLOSANUM, *Syntagm. jur. Lib. XLII*, *cap. XXVIII*, *numm.* 8, 9, 10.

(1) *Quest. de Droit*, *Tom. VI*, *Subst. fidei-comm.* §. *XIII*, *pag.* 756, *col.* 2. *Paris*, 1820.

(2) *Droit civil franç. Tom. V*, *num.* 38 *et suivans*, *pag.* 70.

(3) *Cours du Cod. Civ. Not.* 4, *chap. VI*, *liv. III.*

(4) *Des donations et des testam.*

(5) *SIREY. Tom. X, P. II, pag.* 238. *MERLIN loc. sup. cit.*

(6) *Idem. Tom. XX*, *P. I*, *pag.* 79 *et* 80.

(7) *Art.* 896, §. 2.

non vi è gravame di conservazione, poichè il suo carattere nativo porta appunto la facoltà di alienare in vita. E se GIUSTINIANO volle salvare almeno il quarto al chiamato, questa disposizione ha cessato di esser legge, dopo aboliti i gravami (1). In quel fedecommesso poi di residuo, in che la pupillare si converte, manca anche il gravame di restituire, poichè il restituire ad una eletta persona non è gravezza, ma comodo, per chi non possa egli testare.

Ed ecco rigorosamente dimostrato come la conversion della pupillare in un fedecommesso di semplice residuo, dentro i confini della età pupillare, ha per se il concorso eziandio del diritto nuovo.

Nè faccia equivoco quel, che il MERLIN dice, che la pupillare in Francia non potrebbe valere neppure, come fedecommessaria, attento il divieto dei fedecommessi; poichè egli in quel luogo, dove così dice (2), intese parlare de' fedecommessi stretti, ossia di doppio gravame. Infatti egli stesso nelle recenti addizioni alle sue opere ha vigorosamente sostenuto, come legalissimo oggidì, il fedecommesso di residuo

---

(1) *MERLIN*, *loc. sup. cit.*

(2) *Repertoire — Substitution directe*, §. *II*, *num.* XVI.

duo (1). Ed il Signor TOULLIER anche oggi insegna, che non sia sostituzion proibita, se un padre chiami un terzo alla morte del figliuolo, a raccoglierne *il quod supererit* della roba lasciata al figliuolo stesso (2). Non è questo un equivalente della pupillare, ricevuto anche colà, dove la pupillare con particolar legge è proibita?

Alla obliquazione della pupillare nel modo testè spiegato concorre colla teoria legale anche il volere espresso del nostro testatore, il quale nel principio del suo testamento, dichiarò di volere *in ogni altro miglior modo e maniera* la esecuzion delle sue disposizioni, dove s' imbattesse in alcun legale ostacolo il modo ordinato da lui. La forza della clausola *Omni meliori modo* è del pari nota, che ammessa, così nella nuova, come nella vecchia giurisprudenza (3). Premesse queste necessarie idee, scorriamo quel, che la G. C. Civile ha considerato sulla presente quistione.

(1) *Questions de Droit*, *loc. sup. cit*,

(2) *Droit Civil. Liv. III*, *tit. III*, §. 51, *in fine*.

(3) *L.* 39, §. 1, *D. Qui testamenta facere pos-*

CONSIDERAZIONI DELLA G. C. CIVILE.

I. *Attesochè l'ultimo impegno del sostituito, per la inversione della pupillare del* 1801 *in fedecommesso di reliquato, non è ammissibile. Le leggi nuove, vietando tal sostituzione, come pupillare, non possono permettere, che si obbliqui in fedecommessaria, poichè i fedecommessi sono con più rigore vietati. Per diritto romano, la obbliquazione era per benigna interpetrazione indotta soltanto nel caso, che la nullità della pupillare derivasse dal testatore. Ma ove la nullità dipende dalla legge, che rende incapace qualsisia persona di testar per un altra, non si può ammettere come obbliqua, una disposizione, che è riprovata come diretta.*

Os-

---

possint. BARBOSA, *De clausulis usu frequentioribus,* XCV,. *num.* 1. MERLINUS *centur. II, Contr.* 35, *num.* 12. SIBEY, *Recueil etc. Tom. XX, P. II*; *pag.* 154.

OSSERVAZIONI.

1. La decisione in questa considerazione confonde il fine della legge col mezzo, e i fedecommessi proibiti co' non proibiti. Il diritto romano aveva introdotta e sosteneva la pupillare diretta per la utilità del pupillo. Ne prescriveva la obbliquazione per due mire, sì per favorire lo stesso pupillo, sì per favorire la volontà del testatore; poichè anche le istituzioni semplici fatte ne' codicilli si obbliquavano in grazia delle ultime volontà. Venne la nuova legge, che supponghiamo contraria alla pupillare, in quanto diretta. Ma donde dipenderebbe tal contrarietà, se fosse vera? Lo dice la stessa decisione, sebbene con parole improprie; dacchè ella *rende incapace qualsisia persona di testare per un' altra*. La improprietà è nel dire *incapaci* tutti, mentre, come di sopra osservammo (1) l'incapace si dice in paragone di quelli, che per diritto comune sono capaci. Ma lasciamo le parole. Non è dunque, che il Codice Civile odii le ultime volontà; non è, che non curi i pupilli; non è, che gli sieno indifferenti cose la lor salvezza o la pro-

(1) *Pag.* 86.

procurata lor morte. Non odia dunque la pupillare per se medesima, ma odierebbe il mezzo principale da conseguire il ben della pupillare. Quando dunque ci sia nel diritto un mezzo diverso, ch'è quello della obbliquazione, la cosa è salva.

2. Ma si ripiglia: Obbliquazione mena a fedecommesso, *ed i fedecommessi sono con più rigore vietati, che la pupillare stessa.* Quì è la seconda confusione, poichè non si distingue il doppio gravame dal semplice. La legge nuova proibisce il concorso de' due gravami, ma niun d' essi, quando sia solitario. Abbiam visto il diritto francese intorno al fedecommesso di residuo, del quale ci fa mestieri. Il principio della sua licitezza domina in tutti i casi analoghi. Il sostituire nell' usofrutto un secondo fruttuario al primo è ammesso nella nuova giurisprudenza, poichè si ha per vero, che il primo *restituisce* soltanto al secondo, ma nulla gli *conserva*; non la proprietà, che vien conservata al proprietario, non i frutti, che quegli consuma per se (1). Similmente la restituzione immediata non è vietata dal Codice Ci-

(1) *Villarcues*, *Des substitutions prohibées. Chap. XV*, *pag.* 304 *et suivv.*

Civile, perchè scompagnata dalla conservazione (2); e la nostra Corte Suprema ha così giudicato nella causa della eredità del Duca di Rosciguo.

Seguito delle considerazioni.

II. *Attesochè, se anche la pretesa inversione potesse tollerarsi, non gioverebbe in alcun modo al sostituito. È di principio, che a motivo della obbliquazione, i successori legittimi del pupillo raccor dovrebbero la eredità, per restituirla al sostituito* in vim fideicommissi. *Questa restituzione avrebbe luogo non già pel residuo, ma per l' intero; e quindi se pure i fedecommessi* de eo, quod supererit, *potessero ammettersi per congetture, quello in ispecie troverebbe l'ostacolo degli articoli* 941, 942 e 943 *delle leggi novissime, le quali annullano tutte le sostituzioni, non esclusa quella nel primo grado.*

Osservazioni..

1. Quì la decisione confonde molte altre cose. Nella legge Scaevola, 76, *Ad senatusconsultum Trebel-*

(2) *Ivi, capitoli III e IV.*

bellianum, a cui la decisione allude, senza citarla, si vuol distinguere la massima dalla esecuzione. La massima è, che la obbliquazione convenga indurla per salvare la pupillare. E per questo noi ricorriamo alla detta legge. La maniera della obbliquazione appartiene alla esecuzione; ed è libera al giudice, secondo i casi. Nel responso di SCEVOLA, la obbliquazione vien fatta sopra l'erede legittimo del pupillo, che era la madre, circostanza, che rileva il gran favor della pupillare. Ma i popoli e i giureconsulti moderni, quando non possono giovarsi della pupillare diretta, fanno la obbliquazione sopra i medesimi pupilli (1). E questa guisa meglio conviene, dovunque l'effetto della pupillare sia ristretto a' soli beni del padre, siccome nel Belgio, ed ora presso noi, dopo l'articolo 945 delle LL. CC. Imperciocchè a far passare al sostituto pupillare i beni di proprio acquisto del pupillo, era mestieri il fedecommesso, che si fingeva ingiunto dal pupillo agli eredi suoi intestati. Ma
a far

(1) *Verbis substitutionis directis in obliqua flexis, institutus impubes intelligitur gravatus universali fideicommisso de restituenda fideicommittentis hereditate ei, qui substitutus est.* VOET *in Pand. Lib. XXVIII, tit. VI, num.* 26.

a far passare al sostituto i soli beni paterni, il più naturale si è il convertire la paterna disposizione in un fedecommesso, che il padre ingiunga al pupillo fino a che acquisti la fazione del testamento. E tal maniera diviene forzosa pel giudice, sempre che la prima intoppi nell'ostacolo della legge. Infatti, perchè la obbliquazione è stata introdotta, se non per servire alla volontà del testatore, schivando alcuno ostacolo del diritto? Dunque, dove un dato modo di obbliquazione fosse ancora vietato, lo stesso principio indotto a schivare l' ostacolo, obbligherebbe a prenderne altro diverso. La volontà del testatore (scrive in proposito analogo il Donello) non si può eseguire in un dato modo; *at potest aliquo* (*alio*) *modo. Non dubium igitur, quin hoc saltem modo pervenire voluerit* (*testator*). *Quod si voluit, satis est voluntas* (1).

2. Ma donde ricava la decisione, che la maniera descritta da Scevola urti nel divieto del Codice Civile, e degli articoli 941, 942 e 943 delle Leggi Civili? Il ricava da quella stessa confusione di cose, che abbiamo già indicata; cioè dal confondere fedecom-

---

(1) *De jur. civ. Lib. VII, cap. XVII, num. IX.*

commesso con fedecommesso. Il ricevere per subito restituire non è disdetto dal diritto nuovo, perchè non porta seco obbligo di conservare; e così ha deciso, il repetiamo, la nostra Corte Suprema nella causa della eredità del Duca di Roscigno. Questa spezie di fedecommesso tanto è lungi, che sia contraria al Codice Civile, che anzi vi è incorpórata nella materia testamentaria. I legatarj a titolo universale o particolare non prendono altrimenti la roba, che dagli eredi legittimarj, o da' legatarj universali, o dagli eredi del sangue; e i legatarj universali dagli eredi legittimarj, quando vi sieno (1). Il possesso *ipso jure* passa dal defunto in quelli, che la legge vi chiama immediatamente, col gravame di tosto restituirlo a chi il testatore abbia destinato la roba. Ecco dunque, che legalissimo e consono alla indole del diritto nuovo sarebbe il fedecommesso diretto agli eredi legittimi, purchè si tratti di subito restituire all' erede testamentario. Nè in questa maniera di fedecommesso la idea del residuo mancherebbe, poichè in mano all' erede legittimo del pupillo non mai perverrebbe più, che il residuo del costui patrimonio.

SE-

(1) *Art.* 1004, *C. C. Art.* 930, *LL. CC. Art.* 1011, *C. C. Art.* 965, *LL. CC.*

SEGUITO DELLE CONSIDERAZIONI.

III. *Attesochè in fine la vita della sostituzione obbliquata non va oltre quella della pupillare. Ed in conseguenza il fedecommesso* de residuo, *cui D. Niccola Folgori è ricorso, non gli giova, sotto l'altro rapporto, che la pupillare, trovandosi estinta pria, che il di lui nipote morisse, non ha potuto in fedecommessaria obbliquarsi.*

OSSERVAZIONI.

Questa considerazione riguarda la età, a cui finisce la pupillare, della quale abbiamo una particolar quistione. Quì è da notar solo, che non è vero, la obbliquata non potere avere durata più lunga della diretta. Anzi un de'casi della obbliquazione è, quando il testatore nell' ordinare la pupillare l' abbia estesa oltre la impubertà. È il caso appunto della L. 15, *Centurio*, *D. De vulg. et pupillari.* Ivi la inflessione dopo gli anni della incapacità di testare si fa per militar privilegio; e poscia, come vedemmo, il privilegio passò in diritto comune (1). Ma la causa non ha

(1) Pag. 140 — 142.

ha bisogno di ciò, perchè la morte del Marchesino di Ducenta è seguita fra la età della legge.

La decisione dunque, nella risoluzion di questa quistione, ha violata la L. 76, *Scaevola*, *ad S. C. Trebell.* in quanto ha negata la obbliquazione da quella legge ingiunta; ha violato il principio contenuto nella legge di Costantino, che ingiugne la scrupolosa esecuzione delle ultime volontà, in qualunque modo espresse (1), ed in quanto le leggi non vi si oppongano; il che obbliga a prendere quelle vie, che queste permettono. Ha in oltre male applicata la stessa L. 76, *Ad S. C. Trebell.* in quanto ha creduto, che l' unica via della obbliquazione fosse quella, che prestano gli eredi legittimi del pupillo. Ha in oltre in ciò parte violati e parte male applicati i principj del nuovo diritto, spezialmente i contenuti nell'articolo 896 del Cod. Civile, e negli articoli 941, 942, 943 delle LL. CC. confondendo i fedecommessi leciti cogl'illeciti; ed ha violati gli articoli 1004 e 1011 del Cod. Civ. e gli articoli 930 e 965 delle LL. CC. credendo vietato il subito restituire.

CA-

(1) *L.* 15, *Cod. De testamentis.*

CAPO VI.

Disamina della sesta quistione: Se l'articolo 945 delle LL. CC. contenga una sostituzion pupillare o una sostituzion fedecommessaria : e se nella prima ipotesi, potrebbe allungar la vita della sostituzione ordinata nel 1801.

Così la G. C. ha enunciata la sua sesta quistione. Il tenore dell' articolo , che ne fa il soggetto, è in questi termini : *Il padre , la madre , gli altri ascendenti , i zii , le zie , i fratelli , le sorelle possono sostituire* AD UN MINORE DI DICIOTTO ANNI , *nel caso, che questi muoja senza figli , prima di compiere gli anni diciotto , una terza persona ; ma in quei soli beni , ne' quali il minore sia stato istituito erede* (1). Questa è la legge , sotto cui è trapassato il Marchesino di Ducenta , in età di anni diciassette e giorni dieci. Se la sostituzion del zio, fattagli dal padre, è fedecommessaria, poichè condizionale , *morendo il figliuolo in pupillare età ;* è bastevole questa legge a renderla utile , come la legge del tempo del suo effetto ; e ciò per tutto quello , che si è visto delle disposizioni con-

(1) *LL. CC. art.* 945.

condizionali (1). Considerata in questa ipotesi la cosa, abbiamo da una banda, nel testamento di D. Ferdinando, una sostituzion fedecommessaria soggetta alla condizione della morte in età pupillare, del fratel proprio al figliuol proprio; abbiamo dall'altra allo evento della condizione una nuova e propizia legge, che ammette la sostituzione, la qual si faccia dal padre al figliuolo fino agli anni diciotto, sostituzione, che la decisione qualifica per fedecommessaria. È dunque salvo l'effetto bramato, poichè favorito dalla legge del tempo suo.

Se la sostituzione ordinata da D. Ferdinando è pupillare, truova ella del pari un nuovo inespugnabil presidio nello stesso art. 945; e parli pur questo di sostituzioni fedecommessarie, non pupillari. Imperciocchè la pupillare, come vedemmo, si piega in fedecommessaria, quando non possa altrimenti eseguirsi. E se la fedecommessaria, in cui si converte, è quella, che più corrisponde alla sua natura, cioè a dire fedecommessaria di residuo; la legge, che permetta la fedecommessaria stretta (com'è l'articolo 945, giusta la opinione della Gran Corte), include nella sua permissione la fedecommessaria men grave, poichè

(1) Pag. 70 e segg.

chè il più include il meno. *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere* (1). Laonde si può formare questo argomento, e dire: La sostituzion dell' articolo 945 o è pupillare, o è fedecommessaria analoga alla pupillare, cioè a dire di reliquato; o è fedecommessaria di stretta ragione. Nel primo caso, ella è propriamente la nostra, avendo noi la pupillare. Nel secondo caso, obbliquando la nostra pupillare, la rendiamo identica a quella, che troviamo nella legge novissima. Nel terzo caso, il favore di questa legge ha per la causa una soprabbondanza, di cui le basta una parte. In ogni caso la legge è in pro nostro.

Ma vogliamo una maggiore evidenza, se si posson dar gradi nel sommo? Eccola. Fingasi, che un padre sotto la legge presente venga a disporre così: *Sia mio erede mio figlio. E s' egli muoja in pupillare età, sia erede Sempronio.* Fingasi, che il fanciullo muoja in età di nove, dieci, dodici anni. Chi potrebbe contrastare a Sempronio il favor dell' articolo 945? E pure la disposizione in suo pro fatta è la stretta pupillare del diritto romano. Ma poichè oggidì

(1) *L.* 21, *D. De reg. jur. Adde L.* 110, *eod.*

gidì le leggi non conoscon formole solenni; poichè non guardano ad altro, che alla volontà del disponente; poichè rigettano quelle sole volontà, che sieno in totale contraddizione con esse; poichè, dove la volontà contenga un misto di permesso e di vietato, sono elle così benigne da non confondere queste cose, e togliendo il superfluo, non privano del suo effetto il giusto; la sostituzione immaginata, riducendosi a' beni del sostituente, troverebbe la piena accoglienza dell' articolo 945. Dunque tanto più la nostra, che nella sua ordinazione è ristretta a'beni del sostituente, a cui l' articolo anzidetto restringe la sua.

Ecco dunque la niuna importanza della indagine, intorno alla natura vera della sostituzione dell'articolo 945, se fedecommessaria o pupillare. Ma per onore del vero qual mai ella è? La detta sostituzione è in grazia della persona, a cui si sostituisce, non in grazia di coloro, che sostituiscono; perchè vien permessa insino agli anni diciotto di coloro, cui si sostituisce, e vien permessa non a tutti, ma alle persone sole, in cui si presume una speziale e necessaria affezione in pro di quelli, a cui si danno i sostituiti. E che cosa nelle persone, cui si sostituisce, la legge riguarda? La sola età, perchè restringe la sua di-

disposizione fra gli anni diciotto. E che ha questa età, che la distingua dal resto? La imperfezion del giudizio, la incapacità o assoluta di disporre delle proprie cose, o la relativa di disporne bene. Imperciocchè fino agli anni sedici, ossia per tutte le prime otto delle nove parti di questa età, di nulla si può disporre; per la nona parte, cioè da' 16 a' 18, si dispone di una metà sola della roba; e di tal metà non è certo questa la prima parte della vita, in cui se ne disponga meglio; anzi è rarissimo anche, che se ne disponga. Siamo quindi manifestamente al carattere, che GIUSTINIANO dà della pupillare: *Cum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciunt.*

Che il voto dell'art. 945 si esegua per mezzo d'una sostituzione diretta od obbliqua, è cosa indifferente; il fine è quello, che distingue il fedecommesso vero, dalla pupillare o diretta od obbliquata (1). Nel fedecommesso vero si toglie al gravato la facoltà di disporre, per dar luogo alla volontà del fedecommettente; si toglie il successore di scelta del gravato, per dargli si un successore di scelta del sostituente. Nella pupillare all' opposto si supplisce dal sostituente alla inca-

ca-

(1) *Pag. 22 in n. e 23.*

capacità di quello, a cui si dà sostituto; gli si dà un successore dal sostituente, perchè egli non abbia un successor casuale. Che quel successore prenda la qualità ereditaria dell'uno o dell' altro, è indifferente alla sostanza della cosa. L' essenziale si è, che il giovinetto abbia un successore scelto con senno. Non altera neppure la sostanza della cosa, che la facoltà di sostituire si dia a persone anche diverse dal padre, come sono la madre, gli ascendenti tutti, i zii e le zie, i fratelli e le sorelle. In ciò si vede un maggior favore verso la età incapace; e quindi un'ampliazion della pupillare. È ciò in parte quello, che lo stesso GIUSTINIANO permise nella quasi pupillare, concedendo a tutti gli ascendenti il sostituire a' mentecatti. È quel, che diceva il CARD. di LUCA, cioè, che non occorrendo più ora alla pupillare il pretesto della patria potestà, ed essendo ella utilissima, conveniva allargarne l'uso (1). È quel, che facevasi prima ne'Paesi Bassi, dove l'obbliquazione sosteneva la pupillare, che di per se non reggeva, ed estendevala a tutti coloro, che volessero usarla (2). È quel, che si faceva in Francia ne'paesi consuetudi-

(1) Pag. 122.
(2) *In Pand. Lib. XXVIII, tit. VI, num.* 26.

dinarj (1), ed altrove (2), mediante anche la obbliquazione, per usar la pupillare più largamente.

In oltre non distrugge le sostanza della cosa il restringerla a' soli beni provegnenti dal sostituente. La maggior latitudine indotta nelle persone de' sostituenti, doveva menare una restrizione nell' effetto della sostituzione; altrimenti si sarebbe posto in balia d'un zio, di una zia il torre la propria roba del figliuolo o del fratello al padre o al fratello. E tale era la esecuzione, che si dava alla pupillare ne' paesi di Arnoldo Vinnio (3), di Ulrico Hubero (4), di Giovanni Voet (5); le cui opere, andando per le mani di tutti i nostri, hanno con facilità insinuata questa idea.

In fine, se la sostituzione dell' articolo 945 svanisce, lasciandosi prole dal giovinetto, è ciò conseguen-

(1) *Repertoire de Jurisprudence — Substitution directe*, §. *II*, *num. XI*, 4; *et XV.*

(2) *Gomesius in Variar. Resol. cap. IV. pag.* 44, *col.* 1, *lit. F. Ven.* 1759.

(3) *Ad §. ult. Inst. De pupillari.*

(4) *Praelect. jur. civ. Tom. I, De pupillari.*

(5) *In Pandect. Lib. XXXVIII, tit. VI, num.* 26.

guenza necessaria dell' allungata età della pupillare. Lo stesso fece Giustiniano nella quasi pupillare in favore de' mentecatti, la quale trapassando la età impubere, richiedeva di necessità sì fatta eccezione.

Dopo premesse queste cose, veggiamo come si sia ragionato nella decisione.

Considerazioni della G. C. Civile.

I. *Attesochè ad estender la vita della pupillare ordinata nel* 1801 *dal Marchese D. Ferdinando, indarno si ricorre all' articolo* 945 *delle leggi novissime. Da un lato è improprio di applicare agli atti di un uomo, che è morto nel* 1810, *la legislazione promulgata nel* 1819. *Altronde gli stessi motivi, che nella formazione del Codice Civile servirono ad escludere la pupillare, reggono, e con maggior forza, per intenderla anche riprovata dalle leggi in vigore.*

Osservazioni sulle trascritte considerazioni.

1. *Non è improprio l' applicare agli atti di un uomo morto il* 1810, *la legislazione del* 1819. Se il legato condizionale delle colonne, fatto sotto il senatusconsulto, che il vietava, si fosse venuto a veri-

rificare, dopo morto il testatore, sotto una nuova legge, che avesse abrogato il divieto; il legato sarebbe certamente valuto, giusta la legge 41, *D. De leg. II.* E non si sarebbe con ciò applicata una legge nuova alla disposizione d'un testatore morto sotto la vecchia? La ragione si è, che la legge nuova appartenendo al tempo dell' effetto della disposizione, appartiene alla disposizione stessa, e si viene a congiunger con essa.

Nel nostro caso abbiamo di più, che quando la disposizione fu fatta, una legge analoga a quella venuta poscia nel tempo della sua esecuzione, la permetteva. Il tempo medio sottratto, la congiunzion degli estremi opera la confusione de' due diritti in uno.

2. Dice la decisione, che se la pupillare non si confà col Codice Civile, non possa neppure aver luogo nelle Leggi Civili, che sono lo stesso Codice variato di poco. Noi possiamo ritorcere questo argomento. Avendo dimostrato nel capo IV, niuna contrarietà essere fra la pupillare e le disposizioni del Codice Civile; dunque nulla impedisce, che nelle LL. Civili si truovi la pupillare.

Più. Ritorciamo d'un altro modo l'argomento della decisione contra la decisione stessa. Il Codice Ci-

Civile abborrisce i fedecommessi, e su questo non cade alcun dubbio. Dunque l'articolo 945 delle LL. Civili, le quali non son quasi altro, che il Codice Civ. non è possibile, che contenga una nuova fedecommessaria, come pretende la G. C. Civile. In favor di chi stringe più l'argomento, che si cava dalla contrarietà del Codice Civile? In favor della G. C. Civile, o in favor de' sostenitori della pupillare? Se il Codice Civile rigetta la pupillare, lo fa col silenzio; ma la fedecommessaria la ripruova espressamente, l'anatematizza, la fulmina. Or se ha potuto il Codice Civile nel senso della decisione temperare l'odio espresso de' fedecommessi, con permetterne un nuovo dianzi proscritto; molto più ha potuto richiamare a nuova vita il bel trovato della pupillare, sopra cui aveva il Codice semplicemente taciuto.

Seguito delle considerazioni.

II. *Attesochè l'articolo 945 manifestamente contiene una fedecommessaria, non già una pupillare, sia che si riguardi il luogo, che occupa, sia che si analizzino i caratteri della disposizione permessa. Non è pupillare la sostituzione, che si ordina dal zio, o dal fratello del minore di anni* 18, *non avendo*

do essi patria potestà su di lui. Non è pupillare la sostituzione, che si fa al minore medesimo, oltre la età, in cui divien capace di disporre per testamento di una parte de' proprj beni. Finalmente non è pupillare quella, che esclude il sostituito dal diritto di prendere i beni del pupillo, e di essere immediato di lui successore. Tale sostituzione è manifestamente fedecommessaria, perchè i beni del sostituente passano al minore, e quindi con ordine successivo, e con tratto di tempo, al sostituito, ove si avveri la condizione della morte dell' erede pria degli anni 18, *e senza figli.*

III. *Attesochè quando anche non volesse darsi alla sostituzione contenuta nell' articolo* 945 *il carattere di fedecommessaria, le circostanze, che la distinguono dalla pupillare de' Romani, sono non di accidenti, ma di essenza. Quindi le legislazioni, da cui vengono regolate, non potendo in alcun modo congiungersi, i disegni del sostituito Folgori, per applicare alla pupillare del* 1801 *la legislazione promulgata dieci anni dopo la morte del sostituente, non possono secondarsi.*

Os-

OSSERVAZIONI.

1. Sia fedecommessaria la disposizione, che permette l' art. 945; è pertanto una fedecommessaria pupillare, perchè diretta al soccorso della età pupillare. Ricordisi il fedecommesso pupillare, che dicono i DD. surrogato alla sostituzion pupillare; e diverso dal fedecommesso vulgare, ossia ordinario, rivolto a far signoreggiare la volontà del sostituente. Più. Sia un fedecommesso vulgare; tanto meglio per la causa. Dunque la legge ha permesso il più; e tal permissione trovandosi in vigore al tempo dell' effetto della nostra disposizione, abbiamo nella legge un favore ridondante.

2. Che l' articolo 945 non richiegga la patria potestà, che restringa la sostituzione a' beni del sostituente, non importa altro, se non che gli accidenti della pretta sostituzione pupillare antica sieno stati aboliti. La durata della nuova sostituzione fino agli anni diciotto siegue lo spirito e la ragione della pupillare antica, essendosi variata l' età del testare.

3. La caratteristica della pupillare è il soccorso, che si appresta alla età incapace di testare. Tutto l' altro è accidentale. Del resto alla congiunzione del nuovo diritto colla disposizione di D. Ferdinando

Fol-

Folgori, basta la possibilità dell'effetto di questa disposizione, sotto il diritto novello. Or tal possibilità si ha sempre o per la via della diretta pupillare antica rinnovata, o per la via della pupillare obbliquata, ossia del fedecommesso pupillare, o per la via del fedecommesso vulgare, ossia di stretta ragione. La permissione del più include quella del meno. Se la legge permette oggi il passaggio gravoso dal minore de' diciotto anni al suo sostituto, non ripruova certamente lo stesso passaggio ordinato in termini, che non importin gravezza veruna.

4. La decisione adunque ha in questa quistione violato l' articolo 945, non avendone scorta la vera natura; e l'ha inoltre erroneamente applicato, secondo la natura falsa, che gli ha attribuito; perchè anche il fedecommesso stretto è un mezzo di esecuzione del testamento di D. Ferdinando Folgori.

Le considerazioni di questa VI quistione finiscono con un epilogo di tutto il ragionamento della G. Corte, il quale sta meglio alla fine di tutte le quistioni, dove il trasportiamo.

CAPO VII.

Disamina della quarta quistione: Se in ogni caso la sostituzione, della quale si tratta, svanì a' 14, o al più, a' 16 anni di D. Salvadore Folgori.

Nè agli anni quattordici ella svanì, nè a' sedici. La ragione è chiara. Presso i Romani, appena finiti gli anni quattordici ne' maschi, e i dodici nelle femmine, cominciava la fazione attiva del testamento. Quindi finiva la pupillare a' 12 ed a' 14. Ma per diritto comune odierno la facoltà di testare non comincia prima de' sedici compiuti; e da questa età fino a'ventuno, è data per una metà sola della eredità. Dove però sia sostituzion pupillare, di nulla può il giovinetto disporre fino a' diciotto compiuti, come stabilisce l'articolo 945; di nulla cioè de' beni del sostituente.

La nostra quistion non è nuova, ed i giureconsulti, che più si sono profondati nella materia della pupillare, non la risolvono altrimenti, proponendola in questi termini, se si possa cioè sostituire fino a più anni, ancorchè venticinque, dove lo statuto abbia fino a tale età protratta la incapacità di testare. Ecco

Ecco la risposta di Antonio Goveano: *Ego respondeo, substitui posse, si intra XXV annum filius decedat; sed natis postea liberis, extingui eam substitutionem, ut et illam, quae furioso fit. L. Ex facto, infra, eodem. Et directam eam fore substitutionem, non exemplarem, uti* Bartolus *existimat. Ubi enim eadem ratio est, ibi idem jus statui oportet* (1). Allo stesso modo Scipione Gentile: *Pupillariter substitui non licet ultra annos pubertatis, idest quatuordecim vel duodecim, ut recte* Bartolus, *quem alii sequuntur, censuit . . . Nisi tamen municipali lege pubertas extenderetur ad plures annos, quam XIV vel XII. Tunc enim liceret usque ad illud tempus pupillariter substituere* (2). Ed Ulrico Zasio con una formola più generale: *Pubes aetas interimit substitutionem pupillarem . . . Et hoc tempus intellige, cum filius potest testari* (3). Noi però siamo nelle circostanze, che la stessa nostra legge municipale (l' art. 945) ha estesa la pupillare a'18 anni. Ma seguitiamo a ragionar della cosa,

 co-

(1) *De vulg. et pupill. Ad L. 2, §. 5.*

(2) *De pupill. subst. Cap. II, Ut sit impubes.*

(3) *Ad L. 4, D. De vulg. et pupill. Num. 1 et 2.*

come se non avessimo a ricorrere, fuorchè al solo diritto romano; e dimostreremo il nostro assunto colla ragion della legge, coll' essere la materia di estensiva interpretazione, infine colla volontà chiara del nostro testatore.

Ed infatti la ragione de' dodici e de' quattordici anni nel diritto romano non altra è, se non quella del potersi testare dopo la detta età. Laonde così la definizione, come la formola della pupillare, dateci da Giustiniano, non contengono numero di anni, ma indicano soltanto la età per la via della caratteristica corrispondente. *Cum ejus aetatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt.* Così nella definizione (1). *Si heres erit (filius), et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, idest antequam pubes sit* (2). Così nella formola.

La pubertà, che nel diritto romano si pone spesso per termine della pupillare, è propriamente la età, in cui principia la capacità di generare (3); tal-

(1) *Princ. Inst. De pupill. subst.*

(2) *Ibid.*

(3) *Cujac. in Decretales, ad cap. III, De desponsatione impuberum.*

talchè la età de' diciotto anni, come quella, in cui ne' maschi suole per ordinario venire alla sua auge il vigor maschile, vi si dice *pubertà piena* (1). La pubertà dunque non ha una immediata relazione colla sostituzion pupillare; ma ve l'aveva mediatamente per diritto romano, poichè colla età del matrimonio cominciava anche la fazione attiva del testamento, siccome cominciava il cessamento della tutela. Pubertà era una nozione complessissima, che si riferiva a tutte le dette cose. E poichè pupillo si diceva l'impubere uscito, o per morte del padre o per emancipazione, dalla patria potestà (2), età pupillare era il contrapposto della pubertà. Ma dacchè il diritto odierno non riconosce un punto unico nella vita, da cui faccia contemporaneamente cominciare la età del matrimonio, la facoltà di testare, il cessamento della tutela; uopo è scomporre le nozioni della pubertà e della età pupillare, qualora si voglia tuttavia fare uso di queste voci, e cavarne tante età pupillari e tante pubertà, quanti sono gli oggetti, a cui l'antica

(1) §. 4, *Inst. De adoptionibus*; *L.* 14, *D. De alimentis legatis.*

(2) *L. Pupillus*, *D. De V. S.*

tica pubertà e l'antica età pupillare si riferivano. Quindi in ordine alla nostra sostituzione, età pupillare e pubertà non altro importar possono, se non età incapace o capace di disporre. Tutti gli altri rapporti antichi degli stessi vocaboli sono estranei da questa materia. Alla stessa guisa fondi *pupillari* nel diritto romano, in materia di vietate alienazioni de' beni de' minori, si dicevano anche quelli de' giovinetti di ventiquattro e di venticinque non finiti anni, perchè il divieto abbracciava gl' intieri primi venticinque anni della vita (1).

Sempre che la legge ad un dato numero di anni attacchi qualche diritto personale, dipendente da tale e tale stato della persona, dallo spostare di questo stato, che la legge faccia, ne deriva di necessità una variazione nel numero degli anni, perchè il numero degli anni vien quì in conseguenza dello stato. *Qui vult consequens, velle censetur antecedens*; e viceversa.

Era in Francia una ordinanza di Francesco I, colla quale si prescriveva, non potersi dopo la età di

(1) *L.* 3, *L.* 5, *etc. C. De praediis et aliis rebus etc.*

di trentacinque anni, chieder restituzione contra gli atti fatti nella età minore; ordinanza appoggiata al diritto della più parte della Francia, che poneva la minore età agli anni venticinque, secondo il diritto romano. Sicchè la ordinanza concedeva dieci anni alla restituzione *in integrum*, quei dieci anni, che sono ora passati nel Codice Civile (1), in vece del quadriennio Giustinianeo. Ora una tal Signora *Pontcarré*, nata il 1777, chiese in gennajo del 1809, nel tribunal di *Riom*, la rescissione d'un contratto da lei minore fatto sotto le antiche leggi. La legislazione nuova, fin dal dì 20 di settembre 1792, aveva in Francia abbreviata la minore età agli anni 21, compiuti dall'attrice il 1798. Pretese ella, che il benefizio dovesse correr per lei fino a' suoi 35 anni, secondo la legge antica. Ma quel tribunale, e poi la Corte di Appello della stessa città, e poi la Corte di Cassazione addì 30 di maggio 1814, rigettarono la petizione, avendo per vero, che *lo stabilimento del termine per la restituzione, dipenda essenzialmente dal termine fisso per la età maggiore*; e che essendo questo retroceduto, fosse retroceduto anche

 quel-

(1) *Art.* 1304.

quello (1). Quel, ch'è avvenuto in Francia a'dì nostri, avvenne prima tra noi, parecchi secoli sono; quando il diritto romano si combinò colla maggiore età abbassata agli anni diciotto; e così tutte le disposizioni di quello, le quali si estendevano prima a'venticinque anni, si restrinsero a' diciotto. Se una simile abbreviazione fosse avvenuta per la facoltà di testare, la pupillare non si sarebbe ristretta ad un tempo minore de' 14 anni? Dunque allargata la età da non poter far testamento, s' è con essa allungato il tempo della sostituzion pupillare; poichè, per dirlo colla frase della Cassazione di Francia, il *termine* della pupillare *dipende essenzialmente dal termine* della incapacità di testare.

Coll'autorità degli scrittori, colla ragion della legge antica (oltre la espressa sanzion della nuova) concorre la gran circostanza, che noi siamo in una materia d' interpretazione estensiva. Alle leggi, ai giureconsulti antichi, al moderno foro è bastata ogni menoma analogia, per estender da caso a caso la pupil-

(1) *Sirey*, *Recueil general. Tom. XIV*, *P. I*, *pag*. 201—208.

pillare. Nella vulgare espressa, fin da' tempi più antichi, si è dichiarato contenersi la tacita pupillare (1). Per la simiglianza, che i mentecatti e i furiosi han co' pupilli in ordine alla incapacità di testare, gli Impp. han raddoppiata la pupillare, aggiugnendole la esemplare (2). I prodigi, i mutoli e sordi (han detto i giureconsulti ne' tempi a noi più vicini) son simili in questa parte a' mentecatti; dunque la esemplare può benanche ordinarsi a pro loro (3). La pupillare espressa, si è aggiunto, comprende bene in se la tacita esemplare; e quel, che il padre ha ordinato pel figliuol pupillo, va del pari applicato al

 men-

(1) *L. 4, D. De vulg. et pupill.* La causa Curiana fu fondata sopra lo scambio reciproco de' due casi, di quel della vulgare, e di quel della pupillare: *Si filius heres non erit, heres esto Titius. Si heres erit, et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, heres esto Titius.* Prima difesa del Marchese D. Niccola Folgori pag. 145.

(2) *L. 43, D. De vulg. et pupill. L. 9, C. De impuberum et aliis. subst.*

(3) *Vinnius ad §. 1, Inst. De pupill. Num. 3.*

mentecatto (1). Per tutti questi passaggi la ragione è unica, è quella del Goveano, *Ubi eadem ratio, ibi idem jus*. Or dove è men sensibile il passaggio, frai casi or cennati, o fra due vicine età, nel caso stesso, e nella stessa persona? dal pupillo al mentecatto, dal mentecatto al prodigo, o dal pupillo di anni tredici per esempio al pupillo di quindici? Dunque la pupillare espressa fino agli anni quattordici, contien la tacita fino a quanti anni possa una legge nuova aver protratta appresso la incapacità di testare. E se vale la estensione nella stessa persona dal pupillo al demente di qualunque età, non valerà dal pupillo al pupillo stesso, colla sola differenza di qualche anno di più?

A sì ineluttabili argomenti aggiungansi quelli, che vengono dalla volontà chiara del nostro testatore. *Morendo* (diss' egli) *i miei figli* in *pupillari aetate ab intestato*. Non restrinse ei dunque ad un certo numero di anni la sua disposizione; ma intese supplire visibilmente al difetto del testamento della sua pro-

(1) *Richerius in Iurispr. univers. Tom. VI. De pupill. subst. Num.* 1622.

prole. Il che tanto più è chiaro, quanto che si vede, che non volle legarla, nè torle quella facoltà, che potesse col tempo acquistare, poichè il majorasco lo impose al fratello, e non a' figliuoli.

Più. Testò egli invero il 1801, ma morì il 1810, quando la fazione attiva del testamento era già stata dal Cod. Civ. differita a più anni, che prima. E se la legge reputa, che i testatori parlino nell' ultimo istante della lor vita, le parole del nostro testatore contengono espressamente il tempo della incapacità del diritto nuovo, in ordine al testamento, ed includon tacitamente ogni prorogazione futura della stessa incapacità.

Nel testamento si legge: *Morendo i miei figli in pupillari aetate ab intestato.* La giunta della frase *ab intestato* non è oziosa; ma serve ad accennar chiaramente il motivo della pupillare, cioè il necessario morir de' pupilli *ab intestato*. La parte avversa ha preteso, che si dovesse leggere, O *ab intestato*; e che tutta la clausola importasse una compendiosa, comprensiva di una pupillare fino agli anni quattordici, e di una fedecommessaria da' quattordici in poi. Ma qual pro possono gli avversarj da ciò trarre? La fedecommessaria, che vi voglion compresa, non porta gravame di *restituire*, perchè lascia la facoltà di te-

stare ; e neppure di *conservare* , perchè alienando , si sfugge il fedeconmesso col far testamento . Sarà dunque la più lecita e la più innocente fedecommessaria; e tale , che si distende indefinitamente per la intera vita, dopo terminata la pupillare. Ora il Marchesino di Ducenta è morto intestato. Sia dunque per la pupillare , sia per la fedecommessaria, che se le dice congiunta , la sua successione tocca al Marchese D. Niccola Folgori (1) .

Ed ecco appien dimostrato colla volontà del testatore, colla natura della sua disposizione , che richiede interpretazione estensiva , colla ragion della legge, e coll' autorità de' sommi giureconsulti , che il Marchesino di Ducenta è trapassato dentro la età pupillare.

CON-

(1) Tutto questo ragionamento sulla età , ci siam fatto lecito di copiarlo quasi a parola dalla nostra *Terza difesa*, servita infelicemente per l'appello. Ma le verità non cessano di esser tali per cattiva sorte , che mai abbiano ; e van sempre ben ripetute, finchè la truovino migliore.

Considerazioni della G. C. Civile.

I. *Attesochè per espresse leggi in vigore, al tempo, in cui la sostituzione pupillare fu ordinata, era stabilito, che questa cessar dovesse all' età di 14 anni pe' maschi, e 12 per le donne, senza che tal diretta sostituzione aver potesse vita più estesa*. Masculo igitur (*insegnò* Giustiniano *nel* §. 8 *delle Instituzioni*, De pupillari) usque ad quatuordecim annos, substitui potest; foeminae usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excesserint, substitutio evanescit.

Osservazioni.

Si, nel diritto romano, non solo pel citato testo, ma per cento altri; perchè la incapacità di testare finiva in esso co'dodici e co'quattordici anni. Dunque, mutata per diritto nuovo la età del testare, va di necessaria conseguenza mutata con essa la età della pupillare.

SEGUITO DELLE CONSIDERAZIONI.

II. *Attesochè D. Salvatore Folgori è morto nell' età di 17 anni compiuti; ed in conseguenza, quando la pupillare, di cui si contende, era già spenta da tre anni.*

OSSERVAZIONI.

Ottimamente, se D. Salvadore Folgori fosse morto sotto l' imperio del diritto antico. Egli è trapassato sotto le Leggi Civili, al cominciar delle quali contava appena tredici anni e mesi. Sicchè in nessun tempo ha potuto dire di aver la età della legge. Quando ci venne il Codice Civile, aveva egli età infantile; quando il nuovo delle LL. CC. aveva una età imperfetta, anche secondo la legge, che cessava.

SEGUITO DELLE CONSIDERAZIONI.

III. *Attesochè la vita di una tal sostituzione non può essere da' nuovi statuti personali allungata, sì perchè questi non riconoscono pubertà; sì perchè le leggi personali, in quanto alle sole qualità civili diconsi retroattive, non già per quegli effetti, che han*

han d'uopo della volontà dell'uomo. Oltre che quando la legge espressa limita e circoscrive la vita della pupillare, non può il magistrato estenderne a danno de'legittimi successori il periodo, con presunzioni o congetture, le quali non sostenute dalla espressa autorità delle leggi, sarebbero anche in collisione colla volontà del sostituente, che intese riportarsi agli statuti del tempo, in cui testava.

Osservazioni.

1. *I nuovi statuti personali non riconoscono* pubertà. Pubertà per riguardo alla pupillare significa età incapace di far testamento. Dunque i nuovi statuti non distinguono età incapace da età capace di testare. Questo assurdo deriva dalla proposizione oppostaci; dunque ella è erronea.

2. Riconosce e ben dice la decisione, che gli statuti personali son retroattivi. Infatti all'introdursi fra noi della nuova legislazione, il 1809, infiniti giovinetti, che avean sorpassati i quattordici anni, ricaddero sotto la tutela, divennero impediti a contrar matrimonio, a far testamento ec. Metamorfosi tutte queste operate da' nuovi statuti personali. Or la volontà, che si riporta a qualche stato dell'uomo,

li

il quale venga determinato dalla legge, siegue tutte le fasi della legge stessa. Se un testatore prima del 1809 avesse fatto un legato, sotto condizione, che il legatario appena compiti i quattordici anni togliesse moglie; avrebbe forse il giovinetto perduto il legato, se non potendosi per le nuove leggi ammogliare agli anni quattordici, lo avesse fatto appena compiuti i diciotto? Ma lasciando gli esempj di nostro conio, abbiamo in ciò un esempio testuale. Un testatore aveva lasciati gli alimenti ad un fanciullo *usque ad pubertatem*. La pubertà finiva allora a'quattordici anni, nè vi era caso, in cui si prolungasse. L'Imp. ADRIANO per favorire la causa degli alimenti e della tenera età insieme, decretò in quel rincontro, che in materia di alimenti per *pubertà* si doveva intender la *piena*; e creò così una pubertà di anni diciotto (1). Dunque gli statuti personali estendono la loro retroattività a modificare anche gli effetti dipendenti dalla volontà dell'uomo. Ma nel nostro caso abbiamo inoltre il concorso esplicito della volontà del testatore, siccome dimostrammo.

3. Il magistrato non può estender la pupillare oltre il prescritto della legge. Siamo d'accordo. Ma per

(1) *L.* 14, §. 1, *D. De alimentis legatis.*

per questo appunto la G. C. doveva avere per morto in età pupillare il Marchesino di Ducenta; perchè la legge antica faceva finire la pupillare colla incapacità di far testamento, e la novissima aveva espressamente estesa tale incapacità agli anni diciotto; oltre la forza della volontà paterna, la quale concorreva coll'una e coll'altra.

Seguito delle considerazioni.

IV. *Attesochè, ove, deviandosi dal precetto letterale delle leggi, volesse prendersi per termine della pupillare, quello della incapacità di testare, secondo i novelli statuti, neanche la causa del sostituito otterrebbe favore, poichè ogni suo diritto si troverebbe estinto un anno e dieci giorni prima, che Salvatore Folgori morisse. Il Codice Civile a* 16 *anni compiuti attribuisce al minore la facoltà di testare. Nè fa ostacolo, ch'egli potea disporre soltanto della metà, di cui può disporre il maggiore, poichè il testamento del minore dev' esser sostenuto dagli stessi solenni, richiesti per simile atto dalle persone in età maggiore; nè pel termine della pupillare altro si esige, che la capacità del pupillo di far valido testamento. Laonde, tolto di mezzo il pericolo, che per*

per difetto di capacità potesse il pupillo morire senza un erede testamentario, la sostituzion pupillare svanisce. La facoltà di testare e la fermezza della sostituzione pupillare non possono coesistere.

Osservazioni.

Qui la decisione cade in quel vizio logico, a cui secondo i maestri dell' arte si riducono radicalmente quasi tutti i paralogismi, quando cioè alla conseguenza si dia latitudine maggiore, che non ne han le premesse. *Dalla età di sedici anni compiuti si comincia a poter testare di una metà. Dunque il testamento paterno pupillare svanisce del tutto*. Si doveva dire almeno: Dunque il testamento pupillare *svanisce per metà*. Per una metà dunque la decisione ha peccato contra le regole del buon senso; per l' altra ha peccato contra l' articolo 945, che nel concorso della pupillare, estende al tutto la incapacità di testare de' beni compresi nella sostituzione. L' articolo suddetto ha estesa la pupillare nella età, l' ha ristretta ne' beni. Un sostituto scritto sotto la legge antica, se niuna controversia avesse luogo nel succedere, patirebbe sempre una restrizione ne' beni, venendosi la sostituzione a verificare sotto la legge attua-

tuale; e non goderà poi dell' ampliazione nell' età? Quì una parte del novello diritto serve di compensazione all' altra.

In questa quistione adunque la decisione ha male applicati i testi del diritto romano, che restringono la pupillare a' dodici ed a' quattordici anni, perchè quelli suppongono finita la incapacità colle dette età. Ha violata inoltre la loro ragione; ed ha di più violato l' articolo 945 delle LL. CC. Ha in fine fatto torto alle principali regole del ragionare, ed alla chiara volontà del testatore, che nel suo dire ha inclusa ogni età incapace di far testamento, spezialmente per esser morto sotto la nuova legge, che già aveva questa età allungata.

CA-

CAPO VIII.

Disamina della quinta quistione: Se la disposizione, il di cui effetto si pretende da D. Niccola Folgori, possa esser mai regolata dagli art. 1048 e 1049 del Codice abolito.

Tal quistione è tutta estranea dalle finora trattate; perciò l' abbiamo riserbata all' ultimo; e non può esser intesa senza premettersi alcuni antecedenti.

Fu opposto fin dal principio della causa, che la nostra sostituzione, oltre la sua intrinseca nullità, fosse eziandio nulla pel contagio delle sostituzioni fedecommessarie, che l' accompagnano. Ed in vero al Marchese D. Niccola Folgori, pupillar sostituto, si legge nel testamento del fratello, ingiunto un majorasco a benefizio della sua discendenza. I fedecommessi (dicevasi) giusta l' articolo 896 del Codice Civile, non solamente son nulli, ma di più annullano le disposizioni principali, di cui sieno accessorj.

A questa difficoltà si rispondeva in più modi. I. L' articolo 896, qualunqne sia il suo vero senso, non può applicarsi senza vizio di retroattività ad un testamento del 1801; e la penale, che si attribuisce al

al detto articolo, sarebbe ingiustissima contra testatori, che non potevano prevederla; e che benchè sopravvivuti, o non avran potuto rifare i lor testamenti, o per semplice trascuratezza non gli avranno rifatti. II. Il vero senso dell'articolo 896 nella seconda parte, non è quello, che comunemente se gli è attribuito, e basta bene analizzare le sue parole, per esserne convinto. Quando ivi si dice, che *le disposizioni, colle quali il donatario, l' erede istituito e il legatario vengon gravati di conservare e di restituire ad un terzo, son nulle anche per riguardo al donatario, all' erede istituito e al legatario*; il discorso non esce dalle sostituzioni, perchè le disposizioni, colle quali s'impone il gravame, in diritto si chiamano appunto *sostituzioni* (1). E le parole, *anche per riguardo al donatario, all' erede istituito e al legatario*, significano, che la sostituzione non solo non sia operativa a favor de'chiamati, ma non operativa neppure contra i gravati; e che la roba resti libera a' gravati, senza ricadere agli eredi legittimi. III. Il senso contrario, benche prevaluto in Francia, vi era e vi è nondimeno impugnato da molti, come at-

(1) La definizione è nell' art. 941 delle LL. CC.

attesta il Sig. CHABOT DE L'ALLIER, anche dopo una decisione famosa della Cassazione di Francia, *consultis classibus* (1). Il perchè avendo il Codice novissimo delle LL. CC. rifiutata la più comune interpretazione, nel suo articolo 943, questo articolo si vuole avere per declaratorio e retroattivo; siccome la Corte Suprema di Napoli lo ha qualificato nella causa tra Manti e Manti. IV. Si aggiugneva, che lo stesso articolo 896, qualunque fosse il suo senso, e la sua forza, e comunque non dichiarato dalle LL. Civili, ma positivamente abrogato, non riguarda la nostra causa. Il majorasco ordinato dal Marchese D. Ferdinando si riferisce, non all'articolo 896, dove si parla de' fedecommessi assolutamente vietati; ma sibbene all' articolo 1049, dove si permette ad un fratello il gravar l'altro di fedecommesso, a vantaggio di tutti i figliuoli di quest' altro, senza predilez ione di sesso o di età; siccome nell' art. 1048 si permette il simile al padre sopra il figliuolo, a vantaggio di tutti i figliuoli del figliuolo. Ora dove questi termini si eccedano, l' articolo 1050, annullando la sostitu-

(1) *Questions transitoires sur le Code Civil. V. Substitution.*

tuzione esorbitante, niuna parola aggiugne, che contenga l' equivoco dell' articolo 896, e che dia luogo a far trascorrere la nullità alla disposizione principale, ossia alla istituzione. Anzi l' articolo 897 dice espressamente, che dalla disposizione dello articolo 896 sono eccettuati i casi del capo VI, sotto il quale sono appunto gli articoli 1048, 1049, 1050. Ora queste risposte han dato luogo alle seguenti

Considerazioni della G. C. Civile.

I. *Attesochè gli articoli* 1048 *e* 1049 *del Codice abrogato non sono la sede della causa, e perchè il Marchese D. Ferdinando non diede la eredità al figlio col gravame di trasmettterla a' suoi discendenti in primo grado; e perchè morendo con figli, non intese, nè poteva deferirla al fratello col peso di restituirla a' suoi figliuoli.*

Osservazioni.

Si concede, che la nostra spezie non appartenga all'articolo 1048 del Codice Civile, perchè non si tratta di fedecommesso imposto dal padre al figlio, a favore de' discendenti. Si niega, che non appartenga al-

all' artic. 1049; e niegasi la ragione, che se ne dà, cioè che il testatore moriva con figliuolo. L' articolo suddetto 1049 permette al fratello, che non abbia prole, di gravar l' altro fratello. È vero. Ma il gravame ingiunto dal Marchese D. Ferdinando a D. Niccola suo fratello, doveva aver luogo nel caso, che non vi fossero figliuoli di D. Ferdinando, o perchè mancassero, o perchè morissero in pupillare età. La disposizione in questo modo ricade nella ipotesi dell'articolo 1049, per effetto della condizione.

Seguito delle considerazioni.

II. *Attesochè questi articoli tanto meno influir possono nella specie, perchè il testatore non si trattenne ne'limiti, che vi sono espressi; ma per contrario dispose un fedecommesso primogeniale perpetuo, vietato dall' articolo* 896 *del Codice Civile.*

Osservazioni.

Se il testatore si fosse contenuto ne' limiti dello articolo 1049, sostituendo cioè indistintamente tutti i figliuoli del fratello, ed essi soli, senza pensare agli altri discendenti, avrebbe fatto un valido fedecommesso.

so. Ma la quistione non è della validità del fedecommesso ingiunto al fratello; si tratta solo di tener lontana dalla sostituzion pupillare ordinata a pro del fratello, la nullità del majorasco ingiunto al medesimo. Queste son due cose diverse. L'articolo 1050 suppone appunto, che si sieno ecceduti i termini permessi al padre ed al fratello, nel sostituire al figliuolo o al fratello; ed in questa tal supposizione dichiara nulle le sostituzioni imposte al figliuolo ed al fratello; ma non dà occasione a far intender trascorsa più oltre la nullità. Il detto articolo quindi 1050 è ristretto alle sostituzioni nulle, ordinate a carico dei figliuoli e de' fratelli. Ne recheremo più giù le parole.

Seguito delle considerazioni.

III. *Attesochè indipendentemente dalle ragioni, le quali rendono inadattabili alla causa i due articoli, cui si ricorre, non può il sostituito evitar l'incontro dell'articolo* 1050, *ch' era allora in vigore. La determinazione di quest' articolo annullava tutta la disposizione, non già il solo gravame alla instituzione aggiunto.*

OSSERVAZIONI.

Ecco il testo dell' articolo 1050 : *Le disposizioni permesse ne' due precedenti articoli non saranno valevoli, se non in quanto il gravame della restituzione sia a benefizio di tutti i figliuoli nati e da nascere dal gravato, senza eccezione o preferenza di età o di sesso.* Quali son mai coteste disposizioni ? È chiaro, che son quelle, delle quali vengono gravati il figliuolo o il fratello (e questa circostanza le esime dall'articolo 896, che riguarda fedecommessi imposti ad estranei); ma fuori de' termini permessi (e questa circostanza le rende nulle). Così nel nostro caso. D. Ferdinando ha sostituito a D. Niccola suo fratello. Questo principio è buono. Ma gli ha sostituiti tutti i primogeniti della sua discendenza. E questo è il solo cattivo. Le disposizioni permesse negli articoli precedenti non sono certo le donazioni o i legati, che si facciano a' figliuoli o a' fratelli, ma i gravami a carico dei figliuoli e de' fratelli, ne' limiti disegnati.

SE-

SEGUITO DELLE CONSIDERAZIONI.

IV. *Attesochè finalmente l' articolo 943 delle leggi novissime, secondo il quale la nullità della sostituzione fedecommessaria non offende la instituzione, cui è congiunta, contiene uno stabilimento innovativo, da non estendersi alle successioni aperte, prima che le stesse ultime leggi nascessero. L' articolo 943 non è dichiarativo dell' articolo 896 del Codice abolito, pel grave riflesso, che la legge abrogata non può intendersi spiegata o interpretata dalla legge, che sopravviene, e che l' è sostituita.*

OSSERVAZIONI.

Quì la decisione passa ad impugnare un' altra delle nostre ragioni, per le quali allontanavamo la sostituzion principale dal preteso contagio del majorasco. L' articolo 943 delle LL. CC. è dichiarativo, e serve a stabilire il vero senso dell'art. 896 del C. C. È cosa sicura, che una legge, la quale determini un diritto prima controverso, si chiama declaratoria, e si applica anche a'casi passati. Che il senso dell' articolo 896 fosse controverso, si vegga il Signor CHABOT DE L' ALLIER, il qual ci fa sapere, che le decisio-

sioni di Francia eran discordi, e che dopo eziandio quella della Cassazione, *la controversia si prolungava tuttavia* (1). Dunque l'articolo 943 delle Leggi Civili è dichiarativo di tal controversia; nè altro oggetto poteva avere, perchè nelle LL. Civili non vi è articolo, che contenga l'equivoche parole dell'articolo 896 del Codice Civile. Il fine unico della sua inserzione è quello di provvedere alle cause pendenti, sulle quali avrebbe gravitato la sinistra interpretazione dell'articolo 896. Interpretazione veramente sinistra, perchè alle iniquità, ch'ella contiene senza compensazione alcuna, unisce la violazione di un principio di somma equità e saviezza, e di utilità sì generale, che domina e si spande per tutte le parti del diritto antico e nuovo; vogliamo intendere il principio, che l'utile non è viziato dall'inutile (2).
Qua-

(1) *Questions transitoires sur le Code Civil. V. Substitution.*

(2) *L. Stipulatio*, §. 5, *D. De V. O. L. un. C. De rei uxoriae actione. Princ. vers. Rei uxoriae.* CUJACIUS *ad cit. L. unic. Tom. IX, col.* 490. *Cap.* 37, *De regulis juris in VI. Art.* 900 *e* 943; *C. C. Art.* 816 *e* 867, *LL. CC.*

Qual' è mai il vantaggio della conculcazione di sì gran principio? La punizione forse di una colpa, e della infrazion della legge, che vieta i fedecommessi? Ma cotesta infrazione è del disponente, non del chiamato; ed intanto la pena sarebbe del chiamato. L' allontanamento de' fedecommessi vietati, mercè di una sanzione sì rigorosa, che accomuna la causa della cosa lecita alla causa della cosa illecita, in odio della semplice loro accidentale unione? Ma l' eccessivo ed irragionevole rigore è appunto il mezzo da non fare eseguire la sanzione, che lo contiene. E nella materia appunto, che abbiam tra le mani, veggiamo, che in Francia, dove domina la truce interpretazione, si giugne a cavillare sulla esistenza de tale o del tal fedecommesso, appunto per non far cadere la intera disposizione. L' articolo quindi 943 delle LL. CC. contiene la più giusta e la più necessaria delle dichiarazioni e delle correzioni; dichiarazione dell' articolo 896, correzione della erronea giurisprudenza sul medesimo sorta. Questa non è nostra opinione, ma è insegnamento della Corte Suprema, contenuto nell' arresto fra Manti e Manti. *Questa dichiarazione* (cioè l' articolo 943) *del certo è una interpretazione dell' articolo* 896 *del Codice Civile. E perciò ha forza retroattiva, come se fosse del tempo dello stesso Codice Civile.* In

In fine la decisione non risponde ad un altro ineluttabile argomento, che prescindendo da tutti gli altri, risolve la quistione. Non abbiau che fare colla causa gli articoli 897, 1048, 1049, 1050 del Codice Civile. Abbia l'articolo 896 quel senso reprobo, che se gli è gratuitamente appiccato. Sia l'articolo 943 delle LL. CC. non declaratorio, ma correttorio del diritto precedente. Non vaglia il medesimo per le cause pendenti, nè per quelle, che potevano esser giudicate prima della sua promulgazione. Valerà certo per le controversie, che non poteano prima esserlo. Di questa classe è la causa. Sia la disposizione del Marchese D. Ferdinando o sostituzion pupillare o fedecommesso condizionale, comunque si voglia. Se sostituzion pupillare, è il testamento del pupillo; e la succession di costui non si è aperta prima delle Leggi Civili. Se fedecommesso condizionale, il tempo di giudicarne viene anche la prima volta dopo pubblicate le Leggi Civili, perchè la condizione si è verificata sotto loro. Dunque la causa va decisa unicamente colle Leggi Civili.

In questa quistione in somma la decisione ha male applicato l'articolo 896 del Codice Civile, che unicamente parla de' fedecommessi comuni. Ha violati gli articoli 897 e 1050 dello stesso Codice, che fan-

fanno eccezione de' fedecommessi ingiunti a' figliuoli o a' fratelli. Ha violato l' articolo 943 delle Leggi Civili, che o dichiarando o abrogando l'articolo 896 del Codice Civile, era il solo applicabile alla spezie, la quale è sorta sotto l' osservanza delle leggi anzidette.

Conchiusione del ragionamento della G. C. Civile.

Le cose ragionate fin quì portano a conchiudere, che invano e senza alcun fondamento D. Niccola dichiarò nella cancelleria del Tribunal Civile di Napoli, di voler adire la eredità pupillare del nipote, Marchese D. Salvadore, per virtù di quella sostituzione, che o non riguardò mai il suo favore, o si rinvenne proscritta dalle leggi imperanti al tempo della morte del sostituente, o in fine si estinse per essere il minore morto non solo al di là de' 14, *ma anzi al di là de'* 16 *anni. Il fondamento quindi dell'azione, sul quale si è basata la contestazione sì innanzi a' primi giudici, che in appello, è insussistente, e sfornito di ogni ragione, sotto qualunque rapporto si cerchi esaminare.*

 Os-

Dalla recata conchiusione, la quale dal fine della sesta quistione abbiamo quì trasportata all' estremo di tutte, si vede bene, che la Gran Corte dopo qualificata di fedecommessaria la nostra sostituzione, se ne sia positivamente pentita. Infatti nelle considerazioni di tutte le quistioni, che succedono alla prima, si combatte la pupillare, non in ipotesi, ma in tesi, non come immaginaria, ma come reale; e nella testè recata conchiusione si restringe tutto il torto del nostro cliente nel non esser per lui la pupillare del fratello, o nell' essersi spenta la sua forza; sia per le leggi nuove, sia per la trascorsa età.

La idea del pentimento è confermata dalla chiusa di tutte le considerazioni, così delle recate di sopra, come di quelle, che riguardano il patto di Capuana e Nido, conceputa in questi termini: *Per tutte queste considerazioni, e per quelle de' primi giudici, le quali* PIENAMENTE SI ADOTTANO *ecc. ecc.* I primi giudici avevan trovata chiara la pupillare nel testamento di D. Ferdinando; e non solo per la moglie, ma benanche pel fratello. La G. C. ha PIENAMENTE ADOTTA-

TA-

TATE le loro considerazioni. Dunque anche queste: dunque si è pentita delle prime sue. Se gli avversarj non vogliono tal pentimento, saranno essi, non noi, che accuseran di contraddizione nella parte essenziale quella decisione, a cui ergono monumenti e trofei.

CAPO IX.

Prospetto di tutta la causa.

Egli è già un anno e mezzo, che la Marchesa di Ducenta è trapassata; ed è poco più di un anno, che il Marchesino suo figliuolo nella più acerba età l'ha seguita. Questi luttuosi avvenimenti temuti dal Marchese D. Ferdinando Folgori gli fecero ordinare, che morendo il figliuolo in età pupillare dopo morta la madre, gli succedesse pienamente il maggior de'suoi zii. Alla morte del giovinetto si è trovata una legge espressa, la quale ammette la sostituzione, che il padre faccia al figliuolo infino agli anni diciotto, ne'beni provegnenti dal padre stesso. Gli anni diciotto son pupillari, in ordine al far testameuto, per una metà della eredità, secondo il comun nuovo diritto; e per l'altra il sono particolarmente, dove si truovi la sostituzione permessa dalla legge testè cennata. Che cosa potrà mai impedire l'adempimento del paterno volere, che nel tempo del suo effetto viene a riscontrarsi nel favor della legge? La contrarietà (si risponde) della legge intermedia, ossia del Codice Civile, che si trovava in vigore al tempo, in cui il testatore morì. Questa è la maggior difficoltà della causa.

I.

I. Difficoltà, che viene dall'abuso delle parole, e da' pregiudizj, che ne derivano! La parola *sostituzione* è quella, che opera tutta la magia della contraria difesa. Ma la sostituzione *de eo, quod supererit*, ossia il fedecommesso di *residuo*, ossia di *reliquato*, è forse riprovato dal Codice Civile? L'affermarlo sarebbe porsi in contraddizione con tutta la moderna giurisprudenza. Dunque l'articolo 896 non parla di tutte le sostituzioni, neppure di tutte le fedecommessarie; ma di quelle fedecommessarie sole, che inducano congiuntamente il doppio gravame di conservare e di restituire. Questo solo incontrastabil principio basta a distogliere tutti i colpi contrarj. Se le sostituzioni dell'articolo 896 son quelle di doppio gravame, è il massimo degli errori il confonder con loro la sostituzion pupillare; la quale essendo per se stessa il testamento del pupillo, fatto per man del padre, non induce certamente gravame di conservare a favor del sostituto; se non si voglia dire, che i testatori col far testamento perdan la libertà di disporre della lor roba. Ma la pupillare, internandoci di più nel suo essere, non contiene neppure gravame di restituire, poichè il restituire è gravezza per chi si possa egli scegliere il successore, non per chi, non potendo testare, riceve un benefizio da chi gli dia

un successore bene scelto, in luogo del casuale successor della legge.

La pupillare dunque non ha che fare coll' articolo 896 del Codice Civile; e se il preteso divieto non le viene da quello articolo, è più vana impresa il volerlo ripetere da varie disposizioni quà e là sparse nello stesso Codice, le quali si truovano medesimamente ed originalmente nel diritto romano; e quindi non posson far contraddizione colla pupillare.

Il perchè bene i Francesi ripetono il divieto della pupillare non dal Cod. Civ. ma dalle precedenti loro leggi rivoluzionarie, le quali non mai ci sono state comuni. Laonde, se per loro la pupillare è proibita, in virtù delle dette leggi, cui debbon ricorrere nel silenzio del Codice; era permessa tra noi, sotto l'imperio dello stesso Codice, perchè nel suo silenzio, dovevamo ricorrere al diritto romano.

Dunque niun tempo è stato contrario alla pupillare ordinata dal Marchese D. Ferdinando Folgori, nè il primo, quando egli testò, che fu sotto il diritto romano; nè il medio, quando egli morì, che fu sotto il Codice Civile; nè l'ultimo, quando è morto il pupillo, ch' è stato sotto le leggi attuali di S. M.

II. Ma sia per ipotesi contrario il Codice Civile alla pupillare; il sarà, considerata la pupillare, come isti-

istituzione diretta, non trovandosi in esso scritto, che possa il padre testar pel figliuolo, e dar l'erede propriamente detto al figliuolo. Ma nol sarà certo, rivolta ed obbliquata la stessa pupillare in fedecommesso di residuo, durante la pupillare età; perciocchè il fedecommesso di residuo non è vietato neppure per tutta la vita.

La obbliquazione della pupillare è dell'antico diritto romano, suggerita da due principj, dal favore dei pupilli, cui la sostituzion pupillare è giovevole; e dal favore delle ultime volontà, che debbono esser secondate in tutto quello, che non si opponga alle leggi. Questi principj non si possono dir cessati col diritto antico, perchè fondati in ragione; ed egli sarebbe un contraddire ed un far torto al diritto nuovo, se si dicesse, ch'egli non curi i pupilli, e che abbia in non cale i voleri ultimi de' defunti.

La obbliquazione, non essendo altro, che il rivolgimento della sostituzion diretta in quel fedecommesso, che più le sia analogo; i giureconsulti han con ragione insegnato, che la pupillare si obbliqua in fedecommesso di residuo, dentro i confini della età pupillare. Così il pupillo ha il benefizio d'un successore scelto, senza sentirne alcuna gravezza; così l'effetto della sostituzione si ottiene per una via, che

si

si può dir comune, lasciando la singolare del diritto romano; potendo ognuno, non che un padre, far passar la sua roba da qualunque estraneo a qualunque estraneo per la via del fedecommesso di reliquato.

Una sì fatta obbliquazione è tanto più da praticarsi nel nostro caso, quanto che il testatore ha voluto espressamente, che le sue disposizioni avessero effetto in *qualunque altro si fosse miglior modo*, ove aver nol potessero per lo espresso da lui. Quel, che negli altri casi è presunzione; nel nostro è certezza. Presumesi, che i testatori tutti voglian quello, che possa servire di mezzo abile al loro fine. Il nostro l' ha espresso. Egli è, come se avesse detto a' giudici: » Io vi espongo la mia volontà; io vi dichiaro l' effetto, che desidero. Se non ho presa la via giusta della legge, intendo di abbandonarla, perchè voglio il fine, non il mezzo. In questo caso supplisca la vostra prudenza alla mia imperizia. Voi, che sapete tutti i modi, pe' quali una disposizione aver possa il suo esito, piacciavi tra essi scegliere voi il migliore per la mia. » In una maniera presso a poco la stessa si espresse Lucio Tizio. *Hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusve perite scripsero,*

pro

pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Quaesitum est, intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, posse (1). Non faccia onta a' giureconsulti, che diressero il testamento del Marchese Folgori l'uso di questo testo. Essi regolarono ottimamente la disposizione di quello, secondo il diritto del tempo. Ma se non nocque a Lucio Tizio la imperizia volontaria, colla quale scrisse il suo testamento; meno dee nuocere al voler del Marchese di Ducenta ed alla fama de' suoi consulenti la necessaria ignoranza de' cambiamenti del diritto futuro.

Sparita la immaginaria contrarietà del Codice Civile, o per mezzo della vera intelligenza di esso, o della obbliquazione della pupillare; abbiamo nella nostra causa l'accordo de' tre tempi, di quel della fatta sostituzione, di quel della morte del sostituente, di quel della sostituzione verificata.

III. Ma la causa non ha bisogno di tanto. Ella offre una sostituzion pupillare. Sì fatta spezie di sostituzione è il pupillar testamento, mediante cui si de-

(1) *L.* 88, §. 17, *De legatis II.*

deferisce la eredità del pupillo. È fuor di dubbio, che la eredità del pupillo è diversa da quella del padre; e per riguardo alle due eredità, le due corrispondenti istituzioni, quella, che il padre a se fa, e quella, che fa al figliuolo, forman due testamenti; e se nondimeno si vuol dire unico il testamento, che le comprende, è testamento doppio, come dicono i dottori (1). Quindi vi si considera sempre un testamento, da cui dipende la eredità paterna, ch'è il principale; ed un altro, da cui dipende quella del pupillo, che si dice testamento pupillare. Or se in ogni eredità una sola morte viene in calcolo; se la morte, che si conta, è quella del testatore, del quale si apre la successione; non è permesso in ordine alla eredità pupillare calcolar due morti, cioè quella del padre e quella del pupillo, senza violare la regola generale de' testamenti. Regola, di cui le leggi proprie della pupillare impongono la osservanza nella lor materia. Si vede infatti, che nulla esse valutano la incapacità del pupillar sostituto al tempo della morte del padre, purchè si truovi cessata al tempo della morte del figliuolo (2). Nulla contano la incapacità, in cui sia morto il

(1) *Donello*, pag. 87 — 89.
(2) *L.* 11, *De vulg. et pupill.* Pag. 82.

il padre stesso, purchè sia tale, che non impedisca l'effetto della disposizione di lui, come la morte in istato di prigionia fra'nemici (1). Le stesse leggi proprie della materia riguardano come condannabile ogni difficoltà, che si opponga alla pupillare, la qual non venga da un diritto evidente; e fanno prevalere ad ogni altra cosa la utilità, che i pupilli ne traggono (2). Or sarebbe una difficoltà nuova e senza esempio l'indurre un'altra morte nel calcolo della validità della pupillare, poichè quella del pupillo vi va certamente calcolata, come quando il pupillo ricada e muoja nello stato di figliuol di famiglia (3); e sarebbe col tener conto di una morte di più, far più difficile la succession testamentaria pupillare, che le simili successioni degli adulti. In fine, se per le stesse leggi proprie della materia, le due istituzioni, che fa il padre a se ed al figliuolo, passano per uno o per due testamenti, secondochè l'interesse della pupillare richiede (4); il comprender due morti nel calcolo della va-

(1) *L.* 10, *D. De captivis etc.* Pag. 85.
(2) *L.* 41, *D. De adquir. hered.* Pag. 90.
(3) *L.* 40, *De vulg. de pupill.* Pag. 92.
(4) Pag. 90.

validità della pupillare, offende o questa regola, che considera due testamenti, dove così giovi alla pupillare; o l'altra, che in un sol testamento s' ha da porre riguardo ad una morte sola. La morte del padre va calcolata per la eredità sua, la quale se cade dalla causa testata, si trae seco nella causa intestata la eredità del figliuolo; ma ciò discende dal sol principio, che non reggendo il testamento principale, non regga il pupillare neppure. Ma valido una volta per la morte del padre in termini abili il testamento principale, la validità del pupillare va poi coi termini abili della morte del figliuolo.

Secondo queste teorie, che son tutte testuali, tutte inconcusse, e da tutti gl' interpreti insegnate, basta alla nostra causa il concorso de' soli due estremi, cioè del tempo abile del testamento fatto, e del tempo abile della morte del pupillo, messo in non cale il tempo intermedio; appunto come nel testamento di ogni cittadino, *mutatio iuris non nocet*, la mutazione cioè nata e cessata tra il testamento fatto e la morte del testatore (7). Sotto questa veduta è un soprappiù, che il diritto del nostro medio tempo non

(1) *L.* 49., *D. De hered. inst.* Pag. 81.

non sia stato neppure esso contrario alla nostra sostituzione.

IV. Ma questi stessi due tempi contengono anche un superfluo, se riguardiamo la causa sotto un altro aspetto, e propriamente quello, ch'è più piaciuto alla G. C. Civile. Ha ella riguardato, come disposizione tutta paterna, la sostituzion pupillare, e come testamento unico del padre, quello, che la contiene. Ha riguardato anzi come fedecommessaria, e non pupillare, la stessa sostituzione. Or la nostra sostituzione, sia fedecommessaria, sia pupillare, riferita al padre, è condizionale; perchè dipendente dall'evento della morte del figliuolo fra gli anni pupillari. Nelle disposizioni condizionali un solo è il tempo, che decide, quello cioè dell'evento della condizione. Nel legato della cosa propria del legatario, nel legato de' marmi uniti ad un edifizio, è ciò deciso testualmente; ed in termini generalissimi è dichiarato in più luoghi, che la regola Catoniana, cioè, quella, che richiede il principio buono, *ad conditionalia non pertinet* (1). La idea del fedecommesso condizionale è falsa, secondo noi, ma non ci è contra-

(1) Pag. 70 — 77.

traria; e la G. C. che l'ha data per vera, doveva almen secondarla. Non era un ostacolo, che l'attual Marchese di Ducenta avesse domandata in virtù della pupillar sostituzione la eredità del nipote. Nella domanda del più si contiene il meno; e la eredità del fratello era contenuta in quella del figliuol del fratello. Inoltre alla prima domanda del Marchese n'era seguita una seconda, colla quale arrestandosi egli a volere quello, che si potesse per diritto, ossia all'effetto ed al fine, rimise a' giudici, cominciando dai primi, che gliel dessero per quelle vie, che più loro sembrassero opportune.

V. Dalle premesse idee derivano spontaneamente le più convincenti risposte a qualunque difficoltà far si possa nella causa. Volete in tutti e tre i tempi favorevole il diritto? Lo avete nel tempo del fatto testamento, poichè allora regnava pienamente il jus romano; lo avete nel tempo medio, perchè il Codice francese non estende il suo divieto alla sostituzion pupillare; lo avete nell'ultimo, poichè il pupillo è trapassato sotto l'imperio delle odierne Leggi Civili. Avete la menoma ripugnanza ad accoglier la idea, che il Codice francese stia bene colla pupillare diretta? Dunque obbliquatela in fedecommesso di residuo, ristretto alla età pupillare. Credete, che la sostitu-

zion

zion dell'articolo 945 delle ultime leggi sia diversa dalla pupillare? Non importa; abbiatela per fedecommessaria, quanto vi piace. Nella concessione del più è inclusa quella del meno. Colla permissione della fedecommessaria stretta sta bene la fedecommessaria di residuo, ch'è men gravosa dell'altra; e stan meglio così la pupillare obbliquata, come la pupillare pretta, che non hanno gravezza veruna. Volete considerare la eredità, come propria del pupillo? E bene in tale ipotesi, il testamento paterno, in quanto apre la detta eredità, è testamento del pupillo, non del padre; e non dovete riguardarvi più tempi, che due soli, quanti in tutti i testamenti se ne calcolano; quello del fatto testamento, e quello della morte di colui, di cui si deferisce la eredità, che nel nostro caso è lo stesso pupillo. Volete infine riferir tutto al padre? Dunque siate costante in cotesta idea. La condizione, che regge la disposizione paterna, qual si sia nome vi piaccia darle, mena ad un tempo solo, cioè a quello della verificata condizione, ch'è il tempo delle leggi attuali. Gli anni quattordici trascorsi non fanno veruna difficoltà, perciocchè i detti anni significavano nel diritto romano età capace di far testamento; ed ora significano età incapace. La differenza è dunque di sole parole.

Que-

Questa è la nostra causa ravvisata per tutti i suoi lati. Non è l'ultima delle nostre speranze il vedere, come da tanti de' più chiari avvocati del foro di Napoli, quanti si sono adoperati e sforzati a combatterla, e da tanti egregj personaggi del numero de' primi e de' secondi giudici, quanti colla loro pluralità l'han conculcata, non sia finora uscito un argomento, che regga alla discussione, e che non cada disfatto sotto o leggi espresse, o più esatti raziocinj, o irrecusabili autorità. Segno evidente, che la contraria impresa, dalla fortuna finor goduta in fuori, nulla abbia di buono! E pure i nostri avversarj ne menan fastosamente trionfo, e ripongon la gloria della Gran Corte Civile nella decisione, che ne hanno ottenuta. Doppia onta, che per loro si fa ed alla stessa Gran Corte Civile ed alla Corte Suprema; all'una, come se non avesse ella da trarre gloria altronde, che da un caso solo, e da un caso sì male scelto; all'altra, come se non ci fosse un'autorità di più alto ordine, che veglia a difesa del diritto oltraggiato.

Napoli, addì 31 di Dicembre, MDCCCXXIII.